



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2014

Entwicklungen in der gesundheitsrechtlichen Gesetzgebung

Gächter, Thomas ; Burch, Stephanie

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-98265>

Book Section

Originally published at:

Gächter, Thomas; Burch, Stephanie (2014). Entwicklungen in der gesundheitsrechtlichen Gesetzgebung. In: Kieser, Ueli; Leu, Agnes. Aktuelle Entwicklungen Medikamente: Über-, Unter- und Fehlversorgung. 3. St. Galler Tagung zum Gesundheitsrecht. St. Gallen: Institut für Rechtswissenschaft und Rechtsspraxis, 2-92.



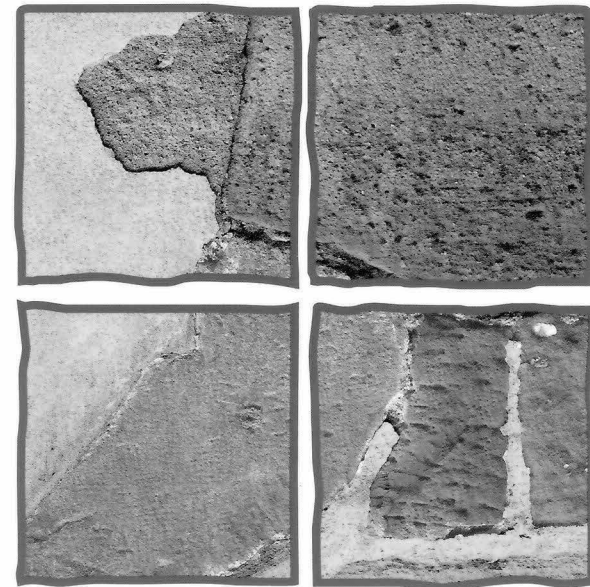
SONDERDRUCK

Ueli Kieser / Agnes Leu (Hrsg.)

3. St.Galler Tagung zum Gesundheitsrecht

Aktuelle Entwicklungen

Medikamente: Über-, Unter- und Fehlversorgung



Entwicklungen in der gesundheitsrechtlichen Gesetzgebung

Prof. Dr. iur. THOMAS GÄCHTER / STEPHANIE BURCH, MLaw (Universität Luzern), Rechtswissenschaftliches Institut der Universität Zürich, Zürich

Inhaltsübersicht

I.	Systematik der Übersicht und Einschränkungen	12
II.	Systematischer Kurzüberblick über die Entwicklungen	12
1.	Öffentlicher Gesundheitsschutz und Prävention	12
a)	Betäubungsmittelrecht	12
b)	Heilmittelrecht.....	13
aa)	Stand der ordentlichen Revision des Heilmittelgesetzes	13
bb)	Versorgungssicherheit im Bereich der Kinderarzneimittel	14
cc)	Vereinfachung der Selbstmedikation	16
dd)	Vereinfachte Zulassungsverfahren	17
ee)	Arzneimittelinformation	19
ff)	Marktüberwachung	19
gg)	Geldwerte Vorteile.....	19
hh)	Weitere Änderungen	20
c)	Lebensmittelrecht.....	20
d)	Epidemienrecht	24
e)	Präventionsgesetz	27
f)	Alkoholgesetzgebung.....	29
2.	Medizinalrecht (inkl. Berufsrecht, Humanforschungsrecht und Biomedizinrecht).....	29
a)	Transplantationsmedizin	29
b)	Humanforschung	32
c)	Fortpflanzungsmedizin: Präimplantationsdiagnostik	34
d)	Psychologieberufe.....	35
e)	Medizinalberufegesetz	37
f)	Hausarztmedizin.....	41
3.	Sozialversicherungsrecht mit Gesundheitsbezug.....	46
a)	Invalidenversicherung: 6. IV-Revision.....	46
b)	Krankenversicherung	49
aa)	Managed Care-Vorlage.....	49
bb)	Wiedereinführung des Zulassungsstopps	49
cc)	Keine Kostenbeteiligung bei Mutterschaft.....	50

dd)	Krankenversicherungs-Aufsichtsgesetz	50
ee)	Elektronisches Patientendossier	51
ff)	Volksinitiative «Abtreibungsfinanzierung ist Privatsache»	52
gg)	Volksinitiative «Für eine öffentliche Krankenkasse»	53
hh)	Korrektur der zwischen 1996 und 2011 bezahlten Prämien	54
II.	Schwerpunkt 1: Revision der Alkoholgesetzgebung	55
1.	Aktuelle Rechtslage	55
a)	Alkoholgesetz	55
b)	Lebensmittelrecht	57
c)	Werbung in Radio und Fernsehen	58
d)	Weitere Regelungen	58
2.	Totalrevision bzw. Aufspaltung in ein Spirituosensteuergesetz und in ein Alkoholhandelsgesetz	59
a)	Spirituosensteuergesetz	59
b)	Alkoholhandelsgesetz	60
c)	Integration der Eidgenössischen Alkoholverwaltung in die Eidgenössische Zollverwaltung	61
V.	Schwerpunkt 2: Individualzwangsmassnahmen im Epidemienrecht	62
1.	Einleitende Bemerkungen	62
2.	Das Impfblogatorium als Massnahme präventiver Natur (Art. 22 EpG)	63
a)	Aktuelle Rechtslage	63
b)	Künftige Rechtslage	64
c)	Rechtliche Pflicht, aber kein behördlicher Zwang	66
3.	Individualzwangsmassnahmen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten	67
a)	Stufenfolge	67
b)	Persönlicher Anwendungsbereich	67
c)	Medizinische Überwachung (Art. 34 EpG)	68
d)	Ärztliche Untersuchung (Art. 36 EpG)	69
e)	Tätigkeits- oder Berufsverbot (Art. 38 EpG)	70
f)	Ärztliche Behandlung (Art. 37 EpG)	71
g)	Quarantäne und Absonderung (Art. 35 EpG)	71
h)	Ermessensspielraum der Behörden	72
i)	Zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit	73
j)	Zwangsweise Durchsetzung der Massnahmen und Strafbestimmungen	73

V.	Schwerpunkt 3: Zulassungsstopp in der Krankenversicherung	74
1.	Motive für den Zulassungsstopp	75
2.	Von 2002 bis 2011 geltende Regelung	76
a)	2002–2009: Allgemeiner Zulassungsstopp	76
b)	2010–2011: Ausnahmen für Personen mit bestimmten Weiterbildungstiteln	77
3.	Aktuelle Regelung: Inhalt des neuen Zulassungsstopps	78
4.	Vereinbarkeit mit dem Freizügigkeitsabkommen?	79
a)	Vorbemerkung: Zulassung zur selbstständigen Ausübung eines universitären Medizinalberufs in der Schweiz	79
b)	Allgemeines Diskriminierungsverbot und Gebot der Gleichbehandlung von selbstständig Erwerbstätigen (Art. 2 und 4 FZA i.V.m. Art. 15 Anhang I FZA)	81
c)	Auslegung des Freizügigkeitsabkommens	82
d)	Faktische Diskriminierung von Ausländern aus dem EU/EFTA- Raum	84
e)	Rechtfertigungsgründe?	87
f)	Fazit	89

I. Systematik der Übersicht und Einschränkungen

Die nachfolgende Übersicht über die Entwicklungen in der Gesetzgebung auf dem Gebiet des Gesundheitsrechts lehnt sich hinsichtlich der Struktur der Ausführungen an diejenige der Tagungsbandbeiträge von 2009 und 2011 an und erhebt wie diese aufgrund der Weitläufigkeit dieses Rechtsbereiches keinen Anspruch auf Vollständigkeit.¹ Sie beschränkt sich auf die wichtigsten abgeschlossenen, laufenden oder geplanten Revisionen seit Oktober 2011 auf Bundesebene in den Themenbereichen des öffentlichen Gesundheitsschutzes und der Prävention, des Medizinalrechts und des Sozialversicherungsrechts mit Gesundheitsbezug. Entwicklungen auf internationaler und kantonaler Ebene werden nur bei Bedarf mitberücksichtigt. *Stand* der Entwicklung ist *Ende September 2013*. Die im Beitrag angegebenen Internetadressen wurden zu diesem Zeitpunkt letztmals besucht.

II. Systematischer Kurzüberblick über die Entwicklungen

1. Öffentlicher Gesundheitsschutz und Prävention

a) Betäubungsmittelrecht

Art. 19a BetmG² stellt den Konsum von Betäubungsmitteln, wozu insbesondere Cannabis zählt (Art. 2 lit. a BetmG), unter Strafe. Wer Cannabis vorsätzlich unbefugt konsumiert, wird mit Busse bestraft (Ziff. 1). Diese *Kriminalisierung des Cannabiskonsums* bildet seit Jahren Gegenstand politischer Debatten. Legalisierungsbemühungen sind jedoch immer wieder gescheitert, so

THOMAS GÄCHTER/EVA SIKI, Gesundheitsrecht: Entwicklungen in der Gesetzgebung, in: Schaffhauser René/Kieser Ueli (Hrsg.), 1. St. Galler Tagung zum Gesundheitsrecht, Neueste Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung – Vorarbeiten zum Präventionsgesetz, S. 9 ff. und THOMAS GÄCHTER/STEPHANIE BURCH, Gesundheitsrecht – Entwicklungen in der Gesetzgebung, in: Ueli Kieser/Agnes Leu (Hrsg.), 2. St. Galler Tagung zum Gesundheitsrecht, Neueste Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung – Qualität in der Gesundheitsversorgung, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen Bd. 78, St. Gallen 2012, S. 9 ff.

Bundesgesetz vom 3. Oktober 1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz, BetmG; SR 812.121).

insbesondere die sog. «Hanfinitiative», die am 30. November 2008 zur Abstimmung kam und mit 63% Nein-Stimmen deutlich abgelehnt wurde.

Aufgrund einer parlamentarischen Initiative haben die eidgenössischen Räte nun aber am 28. September 2012 einer Änderung des Betäubungsmittelgesetzes zugestimmt, welche vorsieht, dass der Cannabiskonsum von Erwachsenen in einem vereinfachten Verfahren mit *Ordnungsbussen in der Höhe von CHF 100* geahndet werden kann (Art. 28b revBetmG).³ Diese Änderung tritt am 1. Oktober 2013 in Kraft. Der Cannabiskonsum wird damit nicht legalisiert, der Aufwand und die Kosten, die im Rahmen eines ordentlichen Strafverfahrens entstehen, können jedoch vermieden und die Polizei- und Justizorgane somit entlastet werden. Wenn die Polizei also eine erwachsene Person beim Konsum cannabishaltiger Produkte ertappt, ist dieses Verhalten grundsätzlich an Ort und Stelle mit einer Ordnungsbusse von CHF 100 zu ahnden und die betreffende Person wird nicht verzeigt. Führt die Polizei anlässlich des beobachteten Cannabiskonsums jedoch eine Kontrolle durch und stellt sie dabei fest, dass die betreffende Person mehr als 10 Gramm Cannabis auf sich trägt, kommt Art. 19b BetmG nicht zur Anwendung und es ist ein ordentliches Strafverfahren wegen Widerhandlung gegen Art. 19 BetmG durchzuführen. Gleichzeitig entfällt gestützt auf Art. 28c lit. a revBetmG auch die Möglichkeit eines Ordnungsbussenverfahrens in Bezug auf den festgestellten Cannabiskonsum.

b) Heilmittelrecht

aa) Stand der ordentlichen Revision des Heilmittelgesetzes⁴

Am 7. November 2012 hat der Bundesrat den Entwurf und die Botschaft zur ordentlichen Revision des Heilmittelgesetzes zuhanden des Parlaments verabschiedet (Geschäfts-Nr. 12.080).⁵ Ziel dieser Revision sind die Verbesserung der Sicherheit von Arzneimitteln, die Vereinfachung des Marktzutritts

³ BBl 2012 8153.

⁴ Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG; SR 812.21).

⁵ BBl 2013 1 und 131.

und die Erhöhung der Transparenz bei der Arzneimittelinformation.⁶ Von den Teilnehmern des Vernehmlassungsverfahrens wurde die Vorlage mehrheitlich begrüsst. Umstritten war insbesondere die vereinfachte Zulassung von Komplementärarzneimitteln. Im Parlament steht die Beratung des Geschäfts noch aus. Die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates (SGK-N) hat die Beratung am 15. Februar 2013 aufgenommen und verschiedene Hearings durchgeführt.⁷ Am 24. Mai 2013 ist sie ohne Gegenstimme auf die Vorlage eingetreten und hat mit der Detailberatung begonnen.⁸

bb) Versorgungssicherheit im Bereich der Kinderarzneimittel

Ein wichtiges Ziel der laufenden Revision des Heilmittelgesetzes ist die Verbesserung der Versorgungslage im Bereich der *Kinderarzneimittel*. Es bestehen weltweit Versorgungslücken, insbesondere deshalb, weil die klinische Forschung bei Kindern nur eingeschränkt möglich ist und Risiken in Bezug auf die Arzneimittelsicherheit bestehen.⁹ Die Informationslage ist mangelhaft, was zu Medikationsfehlern, zu höheren Gesundheitskosten und nicht zuletzt zu grossem individuellen Leid führen kann. In der EU sind diesbezüglich bereits Massnahmen getroffen worden und das Heilmittelgesetz soll nun dem europäischen Standard angepasst werden.¹⁰

⁶ Siehe zum Inhalt dieser Revisionsvorlage im Einzelnen und zur vorgezogenen Revision, die am 1. Oktober 2012 in Kraft getreten ist, GÄCHTER/BURCH (Fn. 1), S. 13 f. und GÄCHTER/SIKI (Fn. 1), S. 29 ff.

⁷ Medienmitteilungen der SGK-N vom 15. Februar und vom 26. April 2013, abrufbar unter http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20120080.

⁸ Medienmitteilung der SGK-N vom 24. Mai 2013, abrufbar unter http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20120080. Im August und September 2013 hat sie die Detailberatung fortgeführt (siehe dazu die Medienmitteilungen vom 16. August und vom 6. September 2013, ebenfalls abrufbar unter der genannten Internetadresse). Die nächste Sitzung findet im Oktober 2013 statt.

⁹ Botschaft vom 7. November 2012 zur Änderung des Heilmittelgesetzes (BBl 2013 1; nachfolgend Botschaft), S. 11.

¹⁰ Botschaft HMG (Fn. 9), S. 12. Siehe dazu eingehend FRANZISKA SPRECHER, Bald mehr und sicherere Arzneimittel für Kinder?, in: Jusletter 18. Januar 2010.

Konkret heisst das, dass mit dem Gesuch um Zulassung eines Kinderarzneimittels ein *pädiatrisches Prüfkonzept*, in welchem die Details der Entwicklung eines Kinderarzneimittels festgelegt werden,¹¹ eingereicht werden muss (Art. 11 Abs. 2 lit. a Ziff. 6 E-HMG). Die Anforderungen an dieses Prüfkonzept werden im neuen Art. 54a E-HMG umschrieben. Im Rahmen des Zulassungsverfahrens wird sodann geprüft, ob die klinischen Versuche in Übereinstimmung mit diesem Konzept durchgeführt worden sind.¹² Weiter sollen *Anreize für die Hersteller* geschaffen werden, insbesondere durch die Abgeltung des Zusatzaufwandes mittels Verlängerung des im Patentgesetz¹³ geregelten ergänzenden Schutzzertifikates (Art. 140n ff. PatG, Anhang Ziff. 2 des Entwurfes) und eines Unterlagenschutzes von zehn Jahren (Art. 11b Abs. 3 E-HMG).¹⁴ Der Unterlagenschutz wird neu in Art. 11a und 11b E-HMG geregelt (vgl. den geltenden Art. 12 Abs. 2 HMG). Um die langfristige Erhältlichkeit zu verbessern, sieht Art. 16a E-HMG zudem die Pflicht zur (entgeltlichen oder unentgeltlichen) *Weitergabe der Zulassungsdokumentation* bei Einstellung des Vertriebs vor. Diese Bestimmung wurde in der Vernehmlassung von Vertretern der pharmazeutischen Industrie abgelehnt, weil sie darin einen unverhältnismässigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit sehen.¹⁵ Der Bundesrat hält nach einer Prüfung der Verfassungsmässigkeit, der Effektivität und der Effizienz dieser Massnahme jedoch daran fest.¹⁶

¹¹ Botschaft HMG (Fn. 9), S. 35. Beim Erstellen dieses Konzepts wird insbesondere der Bedarf geprüft, um unnötige Studien zu vermeiden. Studien mit Neugeborenen und Kleinkindern sollen erst dann durchgeführt werden, wenn Sicherheit und Wirksamkeit in höheren Altersgruppen ausreichend dokumentiert sind.

¹² Botschaft HMG (Fn. 9), S. 75.

¹³ Bundesgesetz vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente (Patentgesetz, PatG; SR 232.14); Art. 140a ff.

¹⁴ Bei wichtigen Arzneimitteln für seltene Krankheiten beträgt der Unterlagenschutz, der auf Antrag gewährt wird, zwölf Jahre (Art. 11b Abs. 4 E-HMG). Anders als in der EU ist ein solcher Doppelanreiz (Verlängerung des patentrechtlichen Schutzzertifikats und heilmittelrechtlicher Unterlagenschutz) in der Schweiz nicht ausgeschlossen (Botschaft HMG [Fn. 9] S. 37).

¹⁵ Botschaft HMG (Fn. 9), S. 26.

¹⁶ Botschaft HMG (Fn. 9), S. 27 und 39. Er hält den Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit für geringfügig, welcher überdies im öffentlichen Interesse liege und verhältnismässig sei.

Schliesslich soll eine *nationale Datenbank* zur pädiatrischen Arzneimitteltherapie geschaffen werden, um die Sammlung von Informationen und den schweizweiten Zugriff darauf zu ermöglichen (Art. 67a E-HMG). Erfahrungen von Medizinalpersonen mit der Medikation im Bereich der Pädiatrie kommen damit allen beteiligten Fachpersonen und vor allem den Patienten zugute.¹⁷

cc) Vereinfachung der Selbstmedikation

Die Revision des Heilmittelgesetzes soll ausserdem den Zugang der Bevölkerung zu Arzneimitteln erleichtern (*Vereinfachung der Selbstmedikation*). Dies soll durch eine Erweiterung des Kompetenzbereichs von Drogistinnen und Apothekern erreicht werden. Art. 24 Abs. 1^{bis} E-HMG sieht vor, dass Apothekerinnen und Apotheker besonders gekennzeichnete verschreibungspflichtige Arzneimittel ohne ärztliche Verschreibung abgeben dürfen, sofern die Abgabe dokumentiert wird. Zudem sollen Drogistinnen und Drogisten neu sämtliche nicht verschreibungspflichtigen Arzneimittel abgeben dürfen (Art. 25 Abs. 1 lit. b E-HMG).¹⁸ Im Entwurf nicht mehr enthalten ist der im Vorentwurf noch vorgesehene Art. 25a, welcher vorsah, dass die Kantone weitere Medizinalpersonen zur Abgabe aller Arzneimittel berechtigen können, wenn die nächste öffentliche Apotheke mit einem öffentlichen Verkehrsmittel nicht mit einem angemessenen Zeitaufwand erreichbar ist.¹⁹ Diese Bestimmung hatte den Zweck, bei einem *Verbot der Selbstdispensation* durch die Ärzte die flächendeckende Versorgung mit Arzneimitteln sicher-

¹⁷ Es werden bereits heute einzelne Datenbanken betrieben, eine nationale Koordination fehlt jedoch und wird ohne Eingreifen des Bundes wohl auch auf lange Frist nicht stattfinden. Durch die neue Datenbank sollen alle Beteiligten jederzeit auf das jeweils aktuellste Wissen zurückgreifen können, auch wenn dieses nicht immer durch wissenschaftliche Studien belegt ist. Es handelt sich dabei lediglich um ein Hilfsmittel, um Medikationsfehler möglichst vermeiden zu können. Siehe dazu Botschaft HMG (Fn. 9), S. 38 f.

¹⁸ Die in der geltenden Fassung dieser Bestimmung enthaltene Einschränkung «im Rahmen ihrer Abgabekompetenz» soll gestrichen werden (vgl. Botschaft HMG [Fn. 9], S. 43 und 73).

¹⁹ Der Vorentwurf ist abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2009.html>.

zustellen.²⁰ Dieses Verbot (bzw. die Aufhebung von Art. 24 Abs. 1 lit. b HMG) wurde jedoch aus der Vorlage gestrichen. Obwohl der Bundesrat in Bezug auf das Verbot der Selbstdispensation mit grösserem Widerstand seitens der Ärzteschaft gerechnet hatte,²¹ bewog ihn die «bedeutende Opposition» schliesslich dazu, diese Einschränkung der Arzneimittelabgabe durch den Arzt wieder aus der Vorlage zu entfernen und noch einmal zu prüfen.²²

dd) Vereinfachte Zulassungsverfahren

Für Arzneimittel der *Komplementärmedizin* sieht Art. 14 Abs. 1 lit. b HMG das vereinfachte Zulassungsverfahren vor. Wer um die Zulassung von Komplementärarzneimitteln²³ *ohne Indikationsangabe* ersucht, muss jederzeit anhand einer Dokumentation nachweisen können, dass sie qualitativ hochstehend sind, und glaubhaft machen können, dass vom betreffenden Arzneimittel keine Gefahr für die Sicherheit der Konsumentinnen und Konsumenten ausgeht (Art. 10 Abs. 1 lit. a^{bis} E-HMG).²⁴ Diese Voraussetzungen

²⁰ Erläuternder Bericht des EDI vom Oktober 2009 zur ordentlichen Revision des Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG), S. 55 (abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2009.html>).

²¹ Erläuternder Bericht (Fn. 20), S. 56.

²² Botschaft HMG (Fn. 9), S. 31.

²³ Der *Begriff* des Komplementärarzneimittels wird neu in Art. 4 Abs. 1 lit. a^{ter} E-HMG definiert. Es handelt sich dabei um Arzneimittel, die nach den Herstellungsvorschriften spezieller Therapierichtungen wie der Homöopathie, der anthroposophischen Medizin oder der asiatischen Medizin hergestellt und gemäss den Prinzipien der entsprechenden Therapierichtung eingesetzt werden.

²⁴ Komplementärarzneimittel ohne Indikationsangabe sind solche, bei denen die Anwendung erst im Rahmen der Behandlung von der Therapeutin oder vom Therapeuten festgelegt wird (Botschaft HMG [Fn. 9], S. 14). Die allgemeine *Sorgfaltspflicht* nach Art. 3 HMG soll um einen Absatz 2 ergänzt werden, der spezifisch die Komplementärarzneimittel ohne Indikationsangabe betrifft (im Vorentwurf war noch ganz allgemein von «Arzneimitteln ohne Indikation» die Rede; der Vorentwurf ist abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2009.html>. Bei der Beachtung des Stands von Wissenschaft und Technik sind die Prinzipien der entsprechenden Therapierichtung zu beachten. Damit soll den Besonderheiten von Komplementärarzneimitteln ohne behördlich genehmigte Angabe eines bestimmten Anwendungsgebiets (vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. a^{quater} E-HMG) Rechnung getragen werden (Botschaft HMG [Fn. 9], S. 58).

müssen sich auch in den Anforderungen an das Zulassungsgesuch widerspiegeln, weshalb Art. 11 HMG entsprechend ergänzt und präzisiert wurde.²⁵ Komplementärarzneimittel ohne Indikationsangabe, deren *Wirkstoffe in von Swissmedic erstellten Listen zu speziellen Therapierichtungen aufgeführt sind*, dürfen aufgrund einer blossen Meldung zugelassen werden (Art. 15 Abs. 1 lit. a E-HMG).²⁶

Auch für das Zulassungsgesuch von *traditionell verwendeten, nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln mit Indikationsangabe* sollen Erleichterungen gewährt werden (reduzierte Sicherheits- und Wirksamkeitsanforderungen, Art. 11 Abs. 2 lit. b E-HMG).

In einer öffentlichen Apotheke, einer Drogerie oder in einem andern Betrieb, der über eine Herstellungsbewilligung verfügt, sollen *Arzneimittel neu in kleinen Mengen zulassungsbefreit hergestellt* werden dürfen (Art. 9 Abs. 2^{ter} E-HMG). Dadurch wird Art. 14 Abs. 1 lit. c HMG obsolet, welcher für «Arzneimittel, die in einer öffentlichen Apotheke, einer Drogerie oder in einem andern Betrieb, der über eine Herstellungsbewilligung verfügt, nach einer eigenen Formel (Hausspezialitäten), nach der Pharmakopöe oder nach einem andern vom Institut anerkannten Arzneibuch oder Formularium auf Vorrat hergestellt und an die eigene Kundschaft abgegeben werden» ein vereinfachtes Zulassungsverfahren vorsieht.²⁷ Dies bringt auch eine Anpassung von Art. 5 Abs. 2 lit. a HMG mit sich, welcher auf Art. 14 Abs. 1 lit. c HMG verweist und vorsieht, dass der Bundesrat die Herstellung dieser Arzneimittel einer kantonalen Bewilligungs- oder Meldepflicht (anstelle einer Bewilligung von Swissmedic) unterstellen kann.²⁸

²⁵ Botschaft HMG (Fn. 9), S. 64.

²⁶ Dies ist bereits heute der Fall. Anwendbar sind die Art. 17 und 19 der Verordnung des Schweizerischen Heilmittelinstituts vom 22. Juni 2006 über die vereinfachte Zulassung von Komplementär- und Phytoarzneimitteln (Komplementär- und Phytoarzneimittelverordnung, KPAV; SR 812.212.24). Neu wird diese Regelung jedoch auf bereits auf Gesetzesstufe festgehalten. Siehe auch Botschaft HMG (Fn. 9), S. 68 f.

²⁷ Botschaft HMG (Fn. 9), S. 68. Ein solches vereinfachtes Zulassungsverfahren ist im Übrigen neu für *Phytoarzneimittel* vorgesehen (Art. 14 Abs. 1 lit. c^{bis} E-HMG).

²⁸ Im Vorentwurf war dies noch nicht vorgesehen (untergegangen?).

ee) Arzneimittelinformation

Der Entwurf des Bundesrates sieht die Ergänzung von Art. 67 HMG über die Information der Öffentlichkeit um einen Absatz 1^{bis} vor, wonach das Institut (Swissmedic) die Fach- und Patienteninformationen (Arzneimittelinformationen) auf Kosten der Zulassungsinhaberinnen *in Form eines elektronischen Verzeichnisses* veröffentlichen kann, wobei es die Erstellung und den Betrieb des Verzeichnisses an Dritte überträgt. Damit wird die gesetzliche Grundlage für die Umsetzung von Art. 16a Abs. 3 VAM²⁹ geschaffen.³⁰ Bis zum Inkrafttreten dieser Änderung betreibt Swissmedic dieses Verzeichnis auf eigene Kosten. Es wurde im Januar 2013 aufgeschaltet (www.swissmedicinfo.ch).³¹

ff) Marktüberwachung

In Bezug auf Arzneimittel mit Indikationsangabe hält Art. 11 Abs. 2 lit. a Ziff. 5 E-HMG neu fest, dass ein *Pharmacovigilance-Plan* erforderlich ist, d.h. eine Bewertung der Risiken und soweit erforderlich ein Plan zu ihrer systematischen Erfassung, Abklärung und Prävention. Der Hintergrund dafür ist, dass im Anschluss an die Markteinführung eines Medikaments die Zahl der behandelten Personen in kurzer Zeit stark ansteigt und gewisse Risiken erst dann manifest werden.³²

gg) Geldwerte Vorteile

Das grundsätzliche Verbot des Anbietens und der Annahme geldwerter Vorteile ist heute in Art. 33 HMG geregelt. Diese Bestimmung soll aufgehoben und stattdessen bei den gemeinsamen Bestimmungen über Arzneimittel

²⁹ Verordnung vom 17. Oktober 2001 über die Arzneimittel (Arzneimittelverordnung, VAM; SR 812.212.21).

³⁰ Botschaft HMG (Fn. 9), S. 45.

³¹ Medienmitteilung von Swissmedic vom 3. Januar 2013, abrufbar unter <http://www.swissmedic.ch/aktuell/00003/01840/index.html?lang=de>.

³² Botschaft HMG (Fn. 9), S. 65.

und Medizinprodukte ein neuer Abschnitt 2a über das Vorteilsverbot und die Offenlegungspflicht (Art. 57a–57c) eingefügt werden. In Art. 57a E-HMG ist das grundsätzliche Verbot geldwerter Vorteile geregelt, welches neu auf verschreibungspflichtige Arzneimittel beschränkt werden soll. Art. 57b E-HMG regelt die Ausnahmen von diesem Verbot. Diese zulässigen geldwerten Vorteile müssen in den Rechnungen und in der Buchhaltung sowohl der Einkäufer als auch der Verkäufer nachvollziehbar ausgewiesen werden (Art. 57c Abs. 1 E-HMG). Gemäss Art. 57c Abs. 2 E-HMG müssen Personen, die Heilmittel verschreiben, abgeben oder anwenden oder zu diesem Zweck einkaufen, sowie Organisationen, die solche Personen beschäftigen, ihre Kundschaft über ihre geschäftlichen Verbindungen zu Unternehmen, die diese herstellen oder in Verkehr bringen, offenlegen.

hh) Weitere Änderungen

Neu soll der Bundesrat *pharmazeutische Hilfsstoffe* einer Bewilligungspflicht unterstellen können, weil diese ein nicht unbedeutendes Risiko für die Sicherheit von Patientinnen und Patienten bergen.³³

Art. 9 Abs. 4 HMG über die befristete Zulassung von nicht zugelassenen Arzneimitteln soll in die Art. 9a und 9b E-HMG überführt werden.

Ausführlicher geregelt werden soll zudem die Zulassungsdauer, die Übertragung, die Erneuerung und die Überprüfung der Zulassung (Art. 16–16c E-HMG).

c) Lebensmittelrecht

Am 25. Mai 2011 hat der Bundesrat den Entwurf und die Botschaft betreffend die Totalrevision des Lebensmittelgesetzes zuhanden des Parlaments verabschiedet.³⁴ Der Nationalrat hat am 20. März 2013 über die Vorlage bera-

³³ Botschaft HMG (Fn. 9), S. 60. Art. 7 Abs. 1 HMG über die Gute Herstellungspraxis soll entsprechend ergänzt werden.

³⁴ BBl 2011 5571 und 5661. Siehe dazu bereits GÄCHTER/BURCH (Fn. 1), S. 14 ff. (mit weiteren Hinweisen).

ten, der Ständerat am 17. September 2013 (Geschäfts-Nr. 11.034). Es bestehen Differenzen, die von den Räten noch ausgeräumt werden müssen.

Die *Zweckbestimmung* des Lebensmittelgesetzes soll dahingehend erweitert werden, dass vom Täuschungsschutz neu auch die Gebrauchsgegenstände erfasst werden (Art. 1 lit. c LMG). Diese Ergänzung ist deshalb von einiger Bedeutung, weil zu den Gebrauchsgegenständen insbesondere auch die Kosmetika zählen (Art. 5 lit. b LMG).³⁵

Tabak und Tabakerzeugnisse sollen neu ausdrücklich nicht mehr als Lebensmittel gelten (Art. 4 Abs. 3 lit. f E-LMG; vgl. den geltenden Art. 3 LMG). Diese Bestimmung wurde vom National- und vom Ständerat ohne Diskussion angenommen. Bestimmte Artikel des geltenden Lebensmittelgesetzes sollen jedoch bis zum Erlass eines besonderen Tabakgesetzes, längstens jedoch vier Jahre nach Inkrafttreten des neuen Lebensmittelgesetzes, weiter anwendbar bleiben (Art. 75 E-LMG). Der Antrag von Nationalrätin Margret Kiener Nellen, die Frist auf zwei Jahre zu verkürzen, fand im Nationalrat keine Mehrheit.³⁶

Mit dem neuen Lebensmittelgesetz soll im Wesentlichen eine Annäherung bzw. eine Harmonisierung mit dem EU-Recht erreicht werden. So soll z.B. in Bezug auf Inhalts-, Zusatz- und Fremdstoffe sowie Mikroorganismen in Lebensmitteln neu wie im EU-Recht³⁷ ein *System der Höchstwerte* und nicht

³⁵ Der Nationalrat hat zudem in Art. 1 lit. d beim Wortlaut der neuen Bestimmung Anpassungen vorgenommen. Das Gesetz soll den Konsumentinnen und Konsumenten bei Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen nicht wie im Entwurf des Bundesrates vorsehen «eine sachkundige Wahl ermöglichen», sondern ihnen «die für den Erwerb notwendigen Informationen zur Verfügung stellen» (AB 2013 N 394). Der Ständerat hat der Version des Nationalrates zugestimmt (AB 2013 S 756).

³⁶ AB 2013 N 433.

³⁷ Z.B. Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit (ABl. L 31 vom 1. Februar 2002, S. 1); Verordnung (EWG) Nr. 2377/90 des Rates vom 26. Juni 1990 zur Schaffung eines Gemeinschaftsverfahrens für die Festsetzung von Höchstmengen für Tierarzneimittelrückstände in Nahrungsmitteln tierischen Ursprungs (ABl. L 224 vom 18. August 1990, S. 1); Verordnung (EG) Nr. 1881/2006 der Kommission vom

mehr wie bis anhin ein System der Grenz- und Toleranzwerte gelten (vgl. den geltenden Art. 10 LMG). Art. 10 LMG soll durch Art. 7 E-LMG ersetzt werden, welcher festhält, dass nur sichere Lebensmittel in Verkehr gebracht werden dürfen (Abs. 1). Im EU-Recht gelten Lebensmittel, die die vorgegebenen Höchstmengen an bestimmten Kontaminanten übersteigen, als nicht sicher und damit als nicht verkehrsfähig.³⁸ Die konkreten Anforderungen werden vom Bundesrat im Verordnungsrecht festgelegt (Art. 7 Abs. 4 E-LMG). Zur Gewährleistung des Täuschungsschutzes kann der Bundesrat in der Verordnung zudem die Gute Herstellungspraxis (GHP) umschreiben (Art. 18 Abs. 4 lit. c E-LMG).³⁹ Das neue Lebensmittelgesetz schafft lediglich die Rahmenbedingungen, um das in der EU geltende System der Höchstwerte ins schweizerische Recht zu überführen.⁴⁰ Die erwähnten Bestimmungen wurden vom Nationalrat diskussionslos angenommen.⁴¹ Der Ständerat möchte Art. 18 Abs. 4 E-LMG um einen neuen Buchstaben a ergänzen, wonach der Bundesrat in der Verordnung auch die Lebensmittel umschreiben und deren Bezeichnung festlegen kann.

Nach geltenden Recht sind nur die vom Bundesrat festgelegten oder vom Bundesamt für Gesundheit vorläufig bewilligten Lebensmittel zugelassen (Art. 8 LMG). Dieses «*Positivprinzip*» soll nun aufgegeben und stattdessen das in der EU geltende *Vorsorgeprinzip* eingeführt werden.⁴² Danach kann der Bundesrat für bestimmte Lebensmittel eine Bewilligungs- oder Meldepflicht einführen (Art. 7 Abs. 5 E-LMG). Alle anderen Lebensmittel gelten als

19. Dezember 2006 zur Festsetzung der Höchstgehalte für bestimmte Kontaminanten in Lebensmitteln (ABl. L 364 vom 20. Dezember 2006, S. 5). Vgl. die Übersicht im Anhang zur Botschaft LMG, S. 5659 f.

³⁸ Botschaft LMG, S. 5586.

³⁹ Botschaft LMG, S. 5610: «Das EU-Recht kennt in verschiedenen Bereichen Höchstwerte, die sich an der Guten Herstellungspraxis orientieren und sich nicht mit dem Gesundheitsschutz (Art. 7 Abs. 4 E-LMG) begründen lassen (...)»

⁴⁰ Botschaft LMG, S. 5586.

⁴¹ AB 2013 N 400 und 414.

⁴² Botschaft LMG, S. 5586. Siehe zum Vorsorgeprinzip WEBER ROLF H./VLCEK MICHAEL, «Vorsorgeprinzip» als Wegweiser im Lebensmittel- und Gesundheitsrecht, in: Jusletter 3. April 2006.

verkehrsfähig und damit als zugelassen.⁴³ Auch diese Bestimmung wurde vom National- und vom Ständerat diskussionslos angenommen.⁴⁴

Dasselbe gilt für Art. 46 E-LMG über die *internationale Zusammenarbeit*,⁴⁵ dessen Absatz 3 dem Bundesrat die Kompetenz einräumt, selbstständig völkerrechtliche Verträge über die Teilnahme der Schweiz an internationalen Systemen zur Gewährleistung der Sicherheit von Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen abzuschliessen.⁴⁶ Es geht dabei z.B. um den Anschluss an die europäischen Schnellwarnsysteme (RASFF⁴⁷ für Lebens- und Futtermittel und RAPEX⁴⁸ für Gebrauchsgegenstände) oder um die Beteiligung an der Europäischen Lebensmittelsicherheitsbehörde EFSA^{49,50}. Letztlich wird damit eine Harmonisierung mit dem EU-Recht angestrebt.

Abgewichen vom bundesrätlichen Entwurf ist der Nationalrat jedoch in Bezug auf die *Kennzeichnungspflicht* (Art. 12 E-LMG). Er hat beschlossen, dass nicht nur das Produktionsland, sondern auch die Herkunft der Rohstoffe deklariert werden muss (Ergänzung von Art. 12 E-LMG um einen entsprechenden lit. d).⁵¹ Damit geht der Nationalrat noch weiter als der Bundesrat, welcher bereits mit dem Festhalten an der Pflicht zur Angabe des Pro-

⁴³ Botschaft LMG, S. 5603.

⁴⁴ AB 2013 N 400; AB 2013 S 757.

⁴⁵ AB 2013 N 429; AB 2013 S 766.

⁴⁶ Diese Bestimmung entspricht dem geltenden Art. 38 Abs. 3 LMG, wonach der Bundesrat im Rahmen der Befugnisse, die ihm das Lebensmittelgesetz erteilt, völkerrechtliche Verträge abschliessen kann. Die Befugnis des Bundesrates wurde also in sachlicher Hinsicht eingeschränkt (Botschaft LMG, S. 5628).

⁴⁷ Rapid Alert System for Food and Feed.

⁴⁸ Rapid Alert System for Non-Food Products.

⁴⁹ European Food Safety Authority.

⁵⁰ Botschaft vom 25. Mai 2011 zum Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (BBl 2011 5571), S. 5628.

⁵¹ AB 2013 N 407 ff.

duktionslandes vom Prinzip der Harmonisierung mit dem EU-Recht abweicht.⁵² Der Ständerat befürwortet die Version des Bundesrates.⁵³

Der Nationalrat möchte zudem nicht nur die an Jugendliche gerichtete Werbung für alkoholische Getränke einschränken, sondern auch die *an Kinder gerichtete Werbung* für Lebensmittel, «sofern die Lebensmittel spezifische Kriterien auf der Grundlage von international oder national anerkannten Ernährungsempfehlungen nicht erfüllen» (Ergänzung von Art. 14 E-LMG um einen Abs. 2^{bis}).⁵⁴ Der Ständerat befürwortet auch hier die Version des Bundesrates.⁵⁵

Der Ständerat hat stattdessen bei Art. 20 E-LMG über die *Einschränkung der Herstellungs- und Behandlungsverfahren* eine Ergänzung vorgeschlagen, und zwar dahingehend, dass der Bundesrat das Inverkehrbringen von Kosmetika, bei deren Herstellung Tierversuche durchgeführt wurden, einschränken oder verbieten kann.⁵⁶ Zudem möchte er das Ausstellen von *Konformitätsbescheinigungen* nach der Durchführung amtlicher Lebensmittelkontrollen und das Recht der Konsumentinnen und Konsumenten auf Einsicht in diese Bescheinigungen aus dem Entwurf streichen (Art. 30 und Art. 33 Abs. 2 E-LMG).⁵⁷

d) Epidemienrecht

Die Totalrevision des Epidemiengesetzes wurde im Tagungsband 2011 als Schwerpunkt 1 vertieft behandelt, es wird grundsätzlich auf die dortigen Ausführungen verwiesen.⁵⁸ In der Zwischenzeit haben die eidgenössischen Räte die Vorlage beraten und am 28. September 2012 verabschiedet (Ge-

⁵² Vgl. Botschaft LMG, S. 5583; GÄCHTER/BURCH (Fn. 1), S. 17.

⁵³ AB 2013 S 757 f.

⁵⁴ AB 2013 N 412 f.

⁵⁵ AB 2013 S 759.

⁵⁶ AB 2013 S 760.

⁵⁷ AB 2013 S 762 ff.

⁵⁸ GÄCHTER/BURCH (Fn. 1), S. 30 ff.

schafts-Nr. 10.107). Da von mehreren Komitees das Referendum dagegen ergriffen wurde, fand am 22. September 2013 eine Volksabstimmung statt. Die Revision wurde vom Volk mit 60% Ja-Stimmenanteil gutgeheissen.⁵⁹

Die *Referendumskomitees* monierten v.a. das im revidierten Gesetz vorgesehene Impfblogatorium, welches sie als *Impfzwang* bezeichneten, und eine zu grosse Machtkonzentration beim Bund. Aufgrund der im Hinblick auf die Referendumsabstimmung immer wieder geäusserten Bedenken bezüglich des «Impfzwangs» widmet sich der Schwerpunkt 2 dieses Beitrags dem Impfblogatorium sowie den Individualzwangsmassnahmen im Epidemienrecht. Nachfolgend wird zunächst auf die in den Räten umstrittenen Punkte des neuen Epidemiengesetzes eingegangen.

Auch in den Räten ist über das Impfblogatorium debattiert worden. Diskutiert wurde insbesondere die *Möglichkeit der Anordnung eines Impfblogatoriums durch den Bund in besonderen Lagen* (Art. 6 Abs. 2 lit. d EpG). Eine Minderheit der nationalrätlichen Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit hatte die Streichung dieser Bestimmung bzw. mindestens die Beschränkung auf ausserordentliche Lagen beantragt. Begründet wurde die Ablehnung dieses Impfblogatoriums vor allem damit, dass es sich dabei um einen zu schwerwiegenden Eingriff in die persönliche Freiheit handle. Die beiden Anträge wurden jedoch mit 104 zu 51 bzw. mit 94 zu 69 Stimmen abgelehnt. Die Befürworter der neuen Regelung wiesen darauf hin, dass es sich lediglich um eine Pflicht handle und niemand zwangsweise geimpft werde. Auch im Ständerat wurde ein entsprechender Streichungsantrag (mit 20 zu 9 Stimmen) abgelehnt. Angenommen wurde jedoch eine Anpassung des Einleitungssatzes von Absatz 2 in dem Sinne, dass der Bund die in diesem Absatz aufgeführten Massnahmen «nach Anhörung der Kantone» und nicht wie vom Bundesrat vorgesehen «nach Absprache mit den Kantonen» anordnen kann. Abgelehnt (mit 131 zu 44 Stimmen) wurde wiederum ein Minderheitsantrag im Nationalrat, der die Streichung von Art. 6 Abs. 1 lit. b EpG verlangte. Gemäss dieser Bestimmung liegt eine besondere Lage dann

⁵⁹ Die vorläufigen amtlichen Ergebnisse sind publiziert unter <http://www.admin.ch/ch/d/pore/va/20130922/det573.html>.

vor, wenn (neben den Voraussetzungen von lit. a) «die Weltgesundheitsorganisation (WHO) festgestellt hat, dass eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite besteht und durch diese in der Schweiz eine Gefährdung der öffentlichen Gesundheit droht».

Ein Minderheitsantrag wurde im Nationalrat auch zu Art. 21 Abs. 1 EpG gestellt, wonach die Kantone Impfungen fördern, indem sie «dafür sorgen, dass die von den Impfeempfehlungen betroffenen Personen vollständig geimpft sind» (Ergänzung um lit. c). Dieser wurde aber ebenfalls deutlich mit 132 zu 28 Stimmen abgelehnt. Angenommen wurde hingegen der Antrag einer Kommissionsminderheit des Nationalrates zu Art. 22 EpG über das Impfblogatorium.⁶⁰ Danach sollten die Kantone Impfungen von gefährdeten Bevölkerungsgruppen, von besonders exponierten Personen und von Personen, die bestimmte Tätigkeiten ausüben, nicht wie vom Bundesrat vorgesehen für obligatorisch erklären, sondern nur «vorschlagen und empfehlen» können. Der Ständerat machte diese Änderung jedoch grundsätzlich wieder rückgängig, brachte allerdings eine Einschränkung in dem Sinne an, dass diese Möglichkeit – wie nach geltendem Recht – nur bestehen soll, «sofern eine erhebliche Gefahr besteht».

Knapp (mit 17 zu 15 Stimmen) gescheitert ist im Ständerat ein Minderheitsantrag, welcher eine Ergänzung von Art. 56 Abs. 3 EpG dahingehend vorsah, dass sich die Eidgenössische Kommission für Impffragen aus «von der pharmazeutischen Industrie unabhängigen», verwaltungsexternen Fachleuten zusammensetzen muss.

Grössere Diskussionen gab es in beiden Parlamentskammern auch in Bezug auf Art. 74 EpG über die Kostentragung für Massnahmen im internationalen Personenverkehr. Konkret ging es um die Frage, wer im grenzüberschreitenden öffentlichen Verkehr die Kosten für vorbereitende Massnahmen nach Art. 42 und für die Mitwirkungspflicht nach Art. 43 zu tragen hat: der Bund oder die betroffenen Unternehmen? Die Räte haben sich schliesslich darauf

⁶⁰ Ein weiterer Minderheitsantrag verlangte die Streichung dieses Artikels, dieser wurde jedoch abgelehnt.

geeignet, dass der Bund einen Teil der Kosten, die aus der Mitwirkungspflicht entstehen, zu übernehmen hat.

Debattiert wurde in beiden Räten auch über die Änderungen des Strafgesetzbuches⁶¹ und des Militärstrafgesetzbuches⁶² (Art. 86 Ziff. 1 und 2 revEpG). Gemäss der geltenden Fassung von Art. 231 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe nicht unter 30 Tagessätzen bestraft, wer vorsätzlich eine gefährliche übertragbare menschliche Krankheit verbreitet. Hat der Täter aus gemeiner Gesinnung gehandelt, ist er mit Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr zu bestrafen, bei Fahrlässigkeit mit Freiheitsstrafe von höchstens drei Jahren oder Geldstrafe. Neu soll das Verbreiten einer gefährlichen übertragbaren menschlichen Krankheit nur noch bei gemeiner Gesinnung strafbar sein, der Fahrlässigkeitstatbestand entfällt. Die Strafe ist Freiheitsstrafe von einem bis zu fünf Jahren. Der bisherige Art. 231 StGB schützt sowohl die kollektive als auch die individuelle Gesundheit, was insofern zu Doppelspurigkeiten führt, als sich der Täter auch der Körperverletzung oder gar einer Tötung schuldig macht. Neu soll die Bestimmung in einem seuchenpolizeilichen Sinn nur noch die kollektive Gesundheit schützen, d.h. der Tatbestand besteht in der willentlichen Verbreitung von Seuchen (z.B. «Bioterrorismus»)⁶³. Der Straftatbestand von Art. 167 MStG entspricht jenem von Art. 231 StGB, die soeben gemachten Ausführungen gelten daher auch für diese Bestimmung.

e) Präventionsgesetz

Am 30. September 2009 hatte der Bundesrat dem Parlament die Botschaft und den Entwurf für ein Bundesgesetz über Prävention und Gesundheitsförderung (Präventionsgesetz, PräVG) überwiesen (Geschäfts-Nr. 09.076).⁶⁴

⁶¹ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0).

⁶² Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927 (MStG; SR 321.0).

⁶³ AB 2012 N 323 ff. Siehe dazu auch GÄCHTER THOMAS/VOKINGER KERSTIN NOËLLE, HIV-Test und Informed Consent, Rechtliche Stellungnahme zu jüngeren Entwicklungen, in: Jusletter 26. November 2012, Rz. 268 ff.

⁶⁴ Siehe dazu bereits GÄCHTER/SIKI (Fn. 1), S. 20 ff. und GÄCHTER/BURCH (Fn. 1), S. 17 f.

Die Vorlage ist im Herbst 2012 jedoch ganz knapp im Ständerat gescheitert. Mit diesem Gesetz wäre die Grundlage für nationale Programme und Kampagnen in Bezug auf übertragbare, stark verbreitete oder bösartige Krankheiten (u.a.) geschaffen worden. Die Umsetzung wäre primär Aufgabe der bereits heute in diesem Bereich tätigen Stiftung Gesundheitsförderung Schweiz gewesen.⁶⁵ Die Vorlage war in den eidgenössischen Räten jedoch sehr umstritten, der Ständerat ist erst im zweiten Anlauf überhaupt auf die Vorlage eingetreten. Die Debatte war von grundlegenden staatspolitischen Überlegungen geprägt. Obwohl dem Entwurf in deren Verlauf «die Zähne gezogen»⁶⁶ worden waren, ging das Geschäft schliesslich in die Einigungskonferenz. Beide Räte nahmen den Antrag der Einigungskonferenz (Annahme von Art. 39a, welcher die Aufgabenübertragung und die Abgeltung an die Stiftung Gesundheitsförderung Schweiz regeln sollte) grundsätzlich zwar an,⁶⁷ im Ständerat wurde aber das qualifizierte Mehr nicht erreicht (nur 22 statt der notwendigen 24 Ja-Stimmen), das für das Lösen der Ausgabenbremse erforderlich gewesen wäre. Das Gesetz scheiterte jedoch nur vordergründig an der Ausgabenbremse. Die Mehrheit der Mitglieder beider Räte hat dem Gesetz inhaltlich zugestimmt, insbesondere Art. 39a wurde diskussionslos angenommen und auch die Höhe der Ausgaben war nicht umstritten. Dass das Gesetz trotzdem nicht zustande kam, hat seinen Grund faktisch in grundlegenden ideologischen Differenzen über Freiheitssphären und Bevormundung der Bürger in persönlichen Fragen der Lebensführung durch den Staat.

⁶⁵ Im Entwurf war die Schaffung eines Schweizerischen Instituts für Prävention und Gesundheitsförderung vorgesehen. Die entsprechenden Bestimmungen wurden aber bereits in der ersten nationalrätlichen Beratung gestrichen.

⁶⁶ AB 2012 N 1694, Votum Bortoluzzi. Als Beispiel für eine begriffliche Entschärfung kann die Ersetzung des Begriffs «Verhaltenslenkung» durch die Formulierung «Unterstützung von Verhaltensänderungen» in Art. 7 Abs. 3 E-PrävG genannt werden. Eine Milderung institutioneller Art war der Verzicht auf die Schaffung eines speziellen Instituts für Prävention und Gesundheitsförderung des Bundes und die Übertragung der entsprechenden Aufgaben auf die bereits bestehende und in diesem Bereich tätige Stiftung Gesundheitsförderung Schweiz.

⁶⁷ Der Nationalrat mit 105 zu 70 Stimmen (AB 2012 N 1695), der Ständerat mit 22 zu 19 Stimmen (AB 2012 S 931).

f) Alkoholgesetzgebung

Einen starken gesundheitsrechtlichen Bezug weist auch die Alkoholgesetzgebung auf, auch wenn die entsprechenden Erlasse in der Systematischen Sammlung des Bundesrechts hauptsächlich im Bereich «Finanzen» (SR 6) und nicht im Bereich «Gesundheit» (SR 8) angesiedelt sind. Es handelt sich dabei um ein staatliches Handlungsfeld mit einer langen Tradition: Das Alkoholgesetz datiert vom 21. Juni 1932.⁶⁸ Rechtliche Grundlagen finden sich aber auch im Bereich des Lebensmittelrechts (SR 817), insbesondere in der Verordnung des EDI über alkoholische Getränke⁶⁹, und in der Bundesgesetzgebung über Radio und Fernsehen (SR 784.4). Aktuell ist eine Totalrevision des Alkoholgesetzes im Gange. Dieses soll neu in ein Spirituosensteuer- und in ein *Alkoholhandelsgesetz* gegliedert werden. Diese Revision und die übrigen rechtlichen Grundlagen im Zusammenhang mit Alkohol auf Bundesebene werden im Schwerpunkt 1 näher betrachtet.

2. Medizinalrecht (inkl. Berufsrecht, Humanforschungsrecht und Biomedizinrecht)

a) Transplantationsmedizin

In der Schweiz gilt in Bezug auf Organspenden bei verstorbenen Personen die sog. «erweiterte Zustimmungslösung», d.h. dass grundsätzlich die Willensäusserung des potentiellen Spenders massgebend ist. Eine Entnahme ist möglich, wenn die betreffende Person diesem Eingriff vor ihrem Tod ausdrücklich zugestimmt hat und dieser Wille dokumentiert oder den Angehörigen bekannt ist (Art. 8 Abs. 2 TransPG⁷⁰).⁷¹ Eine solche Erklärung kann ab

⁶⁸ Bundesgesetz vom 21. Juni 1932 über die gebrannten Wasser (Alkoholgesetz; SR 680).

⁶⁹ Verordnung des EDI vom 23. November 2005 über alkoholische Getränke (SR 817.022.110).

⁷⁰ Bundesgesetz vom 8. Oktober 2004 über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz; SR 810.21).

⁷¹ Für den Fall, dass sich eine Person zu Lebzeiten nicht für oder gegen eine Entnahme entscheiden kann oder will und den Entscheid auch nicht seinen Angehörigen überlassen möchte, sieht das Gesetz die Möglichkeit vor, eine Vertrauensperson zu bezeichnen,

dem 16. Altersjahr abgegeben werden (Art. 8 Abs. 7 TransPG). Wenn auf diesem Weg der Wille des Verstorbenen nicht eruiert werden kann, ist eine Entnahme möglich, falls die Angehörigen ihr zustimmen. Sie haben dabei den mutmasslichen Willen der verstorbenen Person zu beachten (Art. 8 Abs. 3 TransPG). Gemäss einer geplanten Teilrevision des Transplantationsgesetzes (Geschäfts-Nr. 13.029) soll diese *Anfrage an die Angehörigen* nun bereits dann erfolgen können, wenn entschieden worden ist, die lebenserhaltenden Massnahmen einzustellen und nicht erst dann, wenn der Tod festgestellt worden ist (Art. 8 Abs. 3^{bis} E-TransPG).⁷²

Ebenfalls bereits vor der Feststellung des Todes sollen die Angehörigen neu auch *vorbereitenden medizinischen Massnahmen* zustimmen können. Solche Massnahmen sind notwendig, um die Organe, Gewebe und Zellen bis zur Übertragung in einem möglichst guten und funktionstüchtigen Zustand erhalten zu können. Nach geltendem Recht dürfen solche Massnahmen vor der Feststellung des Todes der spendenden Person nur durchgeführt werden, wenn der Spender umfassend darüber informiert worden ist und daraufhin den Massnahmen frei zugestimmt hat (Art. 10 Abs. 1 TransPG).⁷³ Der Entwurf des Bundesrates sieht nun vor, dass auch die nächsten Angehörigen solchen Massnahmen vor der Feststellung des Todes zustimmen können, *wenn die spendende Person urteilsunfähig und ihr tatsächlicher oder mutmasslicher Wille nicht bekannt ist*; allerdings nur dann, wenn diese Massnahmen für eine erfolgreiche Transplantation von Organen, Geweben oder Zellen unerlässlich und für die spendende Person nur mit minimalen Risiken und Belastungen verbunden sind.⁷⁴

die die Entscheidung über die Entnahme von Organen, Geweben oder Zellen fällt. Diese Person hat Vorrang vor den Angehörigen (Art. 8 Abs. 6 TransPG).

⁷² Entwurf und Botschaft des Bundesrates vom 8. März 2013 (BBl 2013 2317 und 2389). Kritisch dazu CHRISTENSEN/MICHEL, Organtransplantation zwischen Integritätsschutz und Drittinteressen, in: Jusletter 30. Januar 2012.

⁷³ Falls der Patient keine Regelung getroffen hat, ist die Durchführung solcher Massnahmen *nach dessen Tod* zum Zeitpunkt der Entscheidung der nächsten Angehörigen erlaubt, längstens jedoch während 72 Stunden (Art. 10 Abs. 3 TransPG i.V.m. Art. 8 TransPV).

⁷⁴ Auch hierzu kritisch CHRISTENSEN/MICHEL (Fn. 72).

Diese beiden Neuerungen bringen eine faktische Wiedereinführung der Organentnahme bei sog. «Non-Heart-Beating-Donors» (NHBD) mit sich. Es handelt sich dabei um Organspender, die nicht (primär) an einer irreversiblen Hirnschädigung, sondern an einem kontrolliert herbeigeführten Herzkreislauf-Stillstand (sog. «Herztod») sterben. Diese Art der Organentnahme wurde in der Schweiz bis zum Inkrafttreten des Transplantationsgesetzes am 1. Juli 2007 praktiziert; nach diesem Zeitpunkt wurde die bisherige Praxis jedoch als widerrechtlich erachtet.⁷⁵ Die geplante Teilrevision würde die Organspende durch NHBD (rechtlich) wieder ermöglichen, weil die Angehörigen bereits vor dem Tod des Spenders ihre Zustimmung zu vorbereitenden Massnahmen und zur Entnahme geben könnten. Dies ist notwendig, weil die Transplantation nur innerhalb einer sehr kurzen Zeitspanne zwischen dem Herzstillstand und der Entnahme möglich ist. Problematisch daran ist jedoch, dass Drittinteressen bereits vor der Feststellung des Todes eines potentiellen Organspenders Berücksichtigung finden; und das nicht nur dann, wenn dies dem (ausdrücklichen oder mutmasslichen) Willen der betreffenden Person entspricht. Es handelt sich nach Ansicht der Kritiker um einen «instrumentalisierenden Zugriff auf eine sterbende Person»⁷⁶, der die Menschenwürde und die persönliche Freiheit der betroffenen Person in Frage stellt.

In Bezug auf die *Organzuteilung* sieht die Revisionsvorlage zudem vor, Staatsangehörige der EU/EFTA-Mitgliedstaaten und Grenzgängerinnen und Grenzgänger, die in der Schweiz krankenversichert sind, den Personen mit Wohnsitz in der Schweiz gleichzustellen (Art. 17 Abs. 2 E-TransPG). Dasselbe soll für die ebenfalls in der Schweiz versicherten nichterwerbstätigen Angehörigen dieser Personen gelten.

⁷⁵ Bereits im Oktober 2011 hat allerdings das Universitätsspital Zürich die Organentnahme bei NHBD wieder aufgenommen und seither bei mehreren Patienten durchgeführt (STRAUMANN FELIX, Warten, bis das Herz stillsteht, Tagesanzeiger vom 15. Februar 2013, S. 34). Auch in St. Gallen wurde seither ein entsprechendes Programm erarbeitet und eine NHBD-Transplantation durchgeführt. Zudem wird auch am Universitätsspital Genf ein entsprechendes Programm aufgebaut.

⁷⁶ CHRISTENSEN/MICHEL (Fn. 72), S. 15.

Gegenstand der geplanten Teilrevision ist neben den erwähnten Änderungen der Modalitäten bei der Leichenspende auch die *Lebendspende*. Konkret soll die finanzielle Absicherung des Lebendspenders verbessert werden, indem die Versicherer verpflichtet werden, die Kosten der Nachsorge in Form einer *Pauschale an einen Lebendspende-Nachsorgefonds* zu entrichten.⁷⁷ Zudem soll eine *Lebendspende-Nachsorgestelle* die Nachverfolgung des Gesundheitszustands der spendenden Personen sicherstellen und zu diesem Zweck ein entsprechendes Register führen (Art. 15a–15c E-TransPG).

Der Kommission für Sicherheit und Gesundheit des Ständerates ist im August 2013 einstimmig auf diese Revisionsvorlage (Geschäfts-Nr. 13.029) eingetreten.⁷⁸ Mit der Detailberatung wird sie erst nach der Herbstsession 2013 beginnen.

b) Humanforschung

In der Volksabstimmung vom 7. März 2010 ist der neue Art. 118b BV, welcher die Grundsätze für die Forschung am Menschen in der Bundesverfassung verankert und den Bund zum Erlass der entsprechenden Vorschriften verpflichtet, mit über 77% der Stimmen angenommen worden. Das Bundesgesetz über die Forschung am Menschen (Humanforschungsgesetz, HFG), welches vom Parlament in der Schlussabstimmung vom 30. September 2011 verabschiedet worden ist, setzt diesen Gesetzgebungsauftrag um.⁷⁹ Es tritt am 1. Januar 2014 zusammen mit dem dazugehörigen Verordnungsrecht in Kraft.⁸⁰

Ziel des Humanforschungsgesetzes ist der Schutz der Würde, der Persönlichkeit und der Gesundheit des Menschen (Art. 1 Abs. 1 HFG). Gleichzeitig

⁷⁷ Ausführlich zu diesem Thema: DANIA TREMP, *Lebendspende in der Schweiz*. Insbesondere die finanzielle Absicherung des Spenders von Organen, Geweben und Zellen, Diss. Zürich, Basel/Genf/München 2010, § 10 lit. V.

⁷⁸ Medienmitteilung vom 27. August 2013, abrufbar unter http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20130029.

⁷⁹ BBl 2011 7415. Siehe dazu bereits GÄCHTER/BURCH (Fn. 1), S. 21 ff.

⁸⁰ Medienmitteilung des Bundesrates vom 20. September 2013, abrufbar unter http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&print_style=yes&msg-id=50309.

soll es aber auch günstige Rahmenbedingungen für die Forschung am Menschen schaffen und die Qualität und Transparenz der Forschung gewährleisten (Art. 1 Abs. 2 HFG). Der Geltungsbereich des Gesetzes erstreckt sich auf die Forschung zu Krankheiten des Menschen sowie zu Aufbau und Funktion des menschlichen Körpers, die durchgeführt wird an Personen, an verstorbenen Personen, an Embryonen und Föten, mit biologischem Material sowie mit gesundheitsbezogenen Personendaten (Art. 2 Abs. 1 HFG). Die Durchführung von Forschungsprojekten bedarf der Einwilligung der betroffenen Personen vor dem Hintergrund einer hinreichenden Aufklärung (Art. 7 HFG). Die Teilnahme an einem Forschungsprojekt darf zudem grundsätzlich nicht gegen Entgelt oder einen anderen geldwerten Vorteil erfolgen. Bei Forschungsprojekten ohne direkten Nutzen kann sie allerdings angemessen entgolten werden (Art. 13 HFG). Die Durchführung von Forschungsprojekten mit besonders verletzbaren Personen wie Kindern, Jugendlichen, urteilsunfähigen Erwachsenen und schwangeren Frauen sowie mit Embryonen und Föten in vivo ist an zusätzliche Anforderungen geknüpft (Art. 21 ff. HFG).

Spezielle Regelungen bestehen in Bezug auf klinische Versuche auf dem Gebiet der Arzneimittel und der Transplantationsmedizin. In diesen Bereichen sind das Heilmittel- bzw. das Transplantationsgesetz anwendbar. Die Forschung an embryonalen Stammzellen unterliegt dem Stammzellenforschungsgesetz.⁸¹ Abgrenzungsbedarf besteht auch hinsichtlich des Bundesgesetzes vom 8. Oktober 2004 über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG).⁸² Dieses ist grundsätzlich sowohl im Arbeits-, Versicherungs- und Haftpflicht- als auch im medizinischen Bereich anwendbar. Sofern dieses Gesetz selbst aber nichts anderes vorsieht, ist es nicht anwendbar auf genetische Untersuchungen zu Forschungszwecken (Art. 1 Abs. 3 GUMG; vgl. Art. 20 GUMG).

⁸¹ Bundesgesetz vom 19. Dezember 2003 über die Forschung an embryonalen Stammzellen (Stammzellenforschungsgesetz, StFG; SR 810.31).

⁸² SR 810.12.

c) Fortpflanzungsmedizin: Präimplantationsdiagnostik

Die sog. Präimplantationsdiagnostik (PID), d.h. das Ablösen einer oder mehrerer Zellen von einem Embryo in vitro und deren Untersuchung auf einen genetischen Defekt im Hinblick auf eine Einpflanzung in die Gebärmutter im Rahmen eines medizinisch unterstützten Fortpflanzungsverfahrens, ist in der Schweiz seit dem Inkrafttreten des Fortpflanzungsmedizingesetzes⁸³ am 1. Januar 2001 verboten (Art. 5 Abs. 3). Sie soll nun aber unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt werden (Art. 5a des Entwurfes), ebenso die Aufbewahrung von Embryonen zu Fortpflanzungszwecken (Anpassung von Art. 16 FMedG). Im Juni 2013 hat der Bundesrat dem Parlament die entsprechende Botschaft und die Entwürfe für die Änderung von Art. 119 Abs. 2 lit. c BV und des FMedG überwiesen (Geschäfts-Nr. 13.051).⁸⁴

Gegenüber dem Vorentwurf gab es im Wesentlichen nur redaktionelle Änderungen, weshalb an dieser Stelle in Bezug auf den Inhalt der Vorlage auf die Ausführungen im Tagungsbandbeitrag 2011 verwiesen werden kann.⁸⁵ Es sei jedoch noch einmal darauf hingewiesen, dass die PID nur dann angewendet werden darf, wenn die Gefahr, dass sich ein Embryo mit einer vererbaren Veranlagung für eine schwere Krankheit in der Gebärmutter einnistet, nicht anders abgewendet werden kann (Art. 5a Abs. 2 lit. a des Entwurfes). In allen anderen Fällen bleibt die PID verboten. So darf der Embryo z.B. nach wie vor nicht auf Trisomie 21 untersucht werden.

Wurde der erste Entwurf, welcher im Jahr 2009 in die Vernehmlassung geschickt worden war, noch als praxisuntauglich kritisiert (insbesondere des-

⁸³ Bundesgesetz vom 18. Dezember 1998 über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz, FMedG; SR 810.11).

⁸⁴ Botschaft vom 7. Juni 2013 zur Änderung der Verfassungsbestimmung zur Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich (Art. 119 BV) sowie des Fortpflanzungsmedizingesetzes (Präimplantationsdiagnostik), BBl 2013 5853. Der Bundesrat war bereits im Jahr 2004 dazu beauftragt worden. Ein erster Entwurf wurde in der Vernehmlassung jedoch massiv kritisiert, weshalb sich der Bundesrat entschloss, diesen noch einmal zu überarbeiten (siehe dazu bereits GÄCHTER/BURCH [Fn. 1], S. 23 und 36).

⁸⁵ GÄCHTER/BURCH (Fn. 1), S. 35 ff.

halb, weil an der sog. «Dreier-Regel» festgehalten wurde), ist die neue Vorlage in der Vernehmlassung grundsätzlich auf Zustimmung gestossen.⁸⁶

d) Psychologieberufe

Am 1. April 2013 ist das neue Psychologieberufegesetz (PsyG) (mit Ausnahme der Art. 36 und 37 über die Psychologieberufekommission, welche bereits am 1. Mai 2012 in Kraft getreten sind) in Kraft getreten, welches das Parlament am 18. März 2011 verabschiedet hatte.⁸⁷ Das Psychologieberufegesetz bezweckt eine Harmonisierung der Hochschulausbildungsgänge und schafft Rahmenbedingungen für die Weiterbildung. Durch die *Qualitätssicherung* wird die Gewährleistung der Freizügigkeit im Rahmen der bilateralen Abkommen mit der EU angestrebt. Ein Titelschutz sowie die Regelung der Grundzüge der selbstständigen Berufsausübung einschliesslich der therapeutischen und psychodiagnostischen Tätigkeit sollen zudem den *Patientenschutz* verbessern.

Dieses Bundesgesetz weist eine sehr ähnliche *Struktur* auf wie das Medizinalberufegesetz. Dies liegt nicht zuletzt darin begründet, dass die Regelungen über die Psychologieberufe im Medizinalberufegesetz hätten verankert werden sollen und erst in einem recht späten Zeitpunkt aus dessen Geltungsbereich ausgenommen wurden. Die Ausgliederung erfolgte vor allem deshalb, weil die Konsensbildung über die Art und den Umfang der Regulierung zu den Psychologieberufen noch weniger weit fortgeschritten war als bei den übrigen universitären Medizinalberufen.

Anders als im Medizinalberufegesetz finden sich im Gesetz keine allgemeinen Grundsätze zu den Anforderungen an die psychologische *Ausbildung*. Vielmehr werden sämtliche Master-, Lizentiats- und Diplomabschlüsse an-

⁸⁶ Medienmitteilung des Bundesamtes für Gesundheit vom 28. Juni 2012, abrufbar unter <http://www.bag.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/01217/index.html?lang=de&msg-id=45114>.

⁸⁷ SR 935.81. Siehe dazu bereits GÄCHTER/BURCH (Fn. 1), S. 39 ff. Bereits am 1. April 2012 war die dazugehörige Psychologieberufeverordnung (PsyV; SR 935.811) in Kraft getreten.

erkannt, die an einer nach dem Universitätsförderungsgesetz⁸⁸ beitragsberechtigten oder einer nach dem Fachhochschulgesetz⁸⁹ akkreditierten Hochschule erworben worden sind (Art. 2 PsyG). Dadurch wird gleichzeitig festgelegt, dass sich nur Personen, die über einen Master-, Lizentiats- oder Diplomabschluss in Psychologie verfügen, künftig als «Psychologin» oder «Psychologe» bezeichnen dürfen (Art. 4 PsyG). Mit dem Schutz dieser Berufsbezeichnung wird Transparenz auf dem heute höchst unübersichtlichen Markt psychologischer Angebote geschaffen.

Vorher sind fünf eidgenössische Weiterbildungstitel vorgesehen: Psychotherapie, Kinder- und Jugendpsychologie, klinische Psychologie und Neuropsychologie sowie die Gesundheitspsychologie, wobei der Bundesrat nach Anhörung der Psychologieberufekommission auch für andere unmittelbar gesundheitsrelevante Fachgebiete der Psychologie eidgenössische Weiterbildungstitel vorsehen kann (Art. 8 PsyG). Die Weiterbildungsinstitutionen müssen nach den Anforderungen des Gesetzes akkreditiert sein (Art. 11 ff. PsyG), wobei der Bundesrat für die ersten fünf Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes Weiterbildungsgänge in Psychotherapie provisorisch akkreditiert.

Die privatwirtschaftliche Ausübung der Psychotherapie in eigener fachlicher Verantwortung, d.h. die *selbstständige Berufsausübung*, bedarf einer Bewilligung des Kantons, auf dessen Gebiet der Beruf ausgeübt wird. Nicht als privatwirtschaftlich gilt die Berufsausübung der Psychotherapie im öffentlichen Dienst von Kantonen und Gemeinden (Art. 22 PsyG). Die etwas umständliche Umschreibung der selbstständigen Tätigkeit ist wie bereits ausgeführt – gerade im Kontrast zum geltenden Medizinalberufegesetz – sehr zu begrüssen. Durch sie werden gleich zwei Punkte geklärt: Einerseits rückt zu Recht das Kriterium der fachlichen Verantwortung in den Vordergrund. Diese fachliche Verantwortung macht es denn auch notwendig, dass die entsprechenden Therapeutinnen und Therapeuten über einen Weiterbildungstitel verfügen, der sie zur selbstständigen Wahrnehmung dieser Auf-

⁸⁸ Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die Förderung der Universitäten und über die Zusammenarbeit im Hochschulbereich (Universitätsförderungsgesetz, UFG; SR 414.20).

⁸⁹ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über die Fachhochschulen (Fachhochschulgesetz, FHSG; SR 414.71).

gabe qualifiziert. Andererseits wird auch ausgedrückt, dass sich die Regelung lediglich auf die privatwirtschaftliche Tätigkeit dieser Therapeutinnen und Therapeuten bezieht, denn nur auf diese Tätigkeiten erstreckt sich die Bundeskompetenz in Art. 95 BV.

Ausländische Ausbildungsabschlüsse und Weiterbildungstitel werden durch die Psychologieberufekommission anerkannt, sofern ihre Gleichwertigkeit in einem Vertrag über die gegenseitige Anerkennung mit dem betreffenden Staat vorgesehen ist oder im Einzelfall nachgewiesen wird (Art. 3 und Art. 9 PsyG). Das Psychologieberufegesetz sieht gegenüber dem Medizinalberufegesetz zusätzlich die Anerkennung im Einzelfall vor. Wird der ausländische Ausbildungsabschluss oder der ausländische Weiterbildungstitel nicht anerkannt, entscheidet die Kommission – bei den Weiterbildungstiteln nach Anhörung der für die Weiterbildung verantwortlichen Organisationen –, unter welchen Voraussetzungen der eidgenössische Ausbildungsnachweis oder der entsprechende eidgenössische Weiterbildungstitel erworben werden kann (Art. 3 Abs. 4 und Art. 9 Abs. 4 MedBG).

e) Medizinalberufegesetz

Das Medizinalberufegesetz (MedBG)⁹⁰, das am 1. September 2007 in Kraft getreten ist, regelt die Aus-, Weiter- und Fortbildung sowie die Berufsausübung der universitären Medizinalberufe. Als universitäre Medizinalberufe gelten Ärztinnen und Ärzte, Zahnärztinnen und Zahnärzte, Chiropraktorinnen und Chiropraktoren, Apothekerinnen und Apotheker sowie Tierärztinnen und Tierärzte (Art. 2 Abs. 1 MedBG).⁹¹

Zurzeit ist eine Revision des MedBG im Gange.⁹² Der Bundesrat hat die Botschaft und den Entwurf am 3. Juli 2013 dem Parlament überwiesen (Ge-

⁹⁰ Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG; SR 811.11).

⁹¹ Der Bundesrat kann unter gewissen Voraussetzungen allerdings weitere Berufe im Bereich des Gesundheitswesens als universitäre Medizinalberufe bezeichnen und sie damit dem MedBG unterstellen (Art. 2 Abs. 2 MedBG).

⁹² Der Vorentwurf wurde von den Autoren bereits im Tagungsband 2011 kurz erläutert (GÄCHTER/BURCH [Fn. 1], S. 24 f.).

schäfts-Nr. 13.060).⁹³ In Analogie zum Psychologieberufegesetz (siehe dazu oben II.2.d) soll im ganzen Erlass der Begriff der «selbstständigen Erwerbstätigkeit» durch den Ausdruck «privatwirtschaftliche Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung» ersetzt werden. Es handelt sich dabei nicht nur um eine redaktionelle Anpassung, sie hat Auswirkungen auf die Bewilligungspraxis der Behörden. Bisher in einer als Aktiengesellschaft organisierten Praxisgemeinschaft oder in einer Privatklinik angestellte Ärzte, die nicht als selbstständig erwerbstätig galten, bedürfen neu (wieder) einer Bewilligung des Kantons, auf dessen Gebiet der Medizinalberuf ausgeübt wird (Art. 34 MedBG).⁹⁴ In einem neuen Absatz 2 dieser Bestimmung wird zudem festgehalten, dass (nur) die Berufsausübung im öffentlichen Dienst von Kantonen und Gemeinden nicht als privatwirtschaftlich gilt. Für das Einholen der Bewilligung gilt eine Übergangsfrist von fünf Jahren (Übergangsbestimmung in Art. 67a).

Zudem werden die Aus- und Weiterbildungsziele in Art. 4 MedBG im Sinne der Initiative «Ja zur Hausarztmedizin» ergänzt. Die Aus- und Weiterbildung sollen die Absolventinnen und Absolventen namentlich dazu befähigen, Verantwortung im Gesundheitswesen, *insbesondere im Bereich der medizinischen Grundversorgung*, und berufsspezifisch in der Gesellschaft zu übernehmen (Abs. 2 lit. d). Angepasst wurden auch die berufsspezifischen Ausbildungsziele in Art. 8 MedBG. Absolventinnen und Absolventen des Studiums der Humanmedizin, der Zahnmedizin und der Chiropraktik sollen mit den Aufgaben der verschiedenen Fachpersonen in der medizinischen Grundversorgung vertraut sein und die *zentrale Bedeutung und Funktion der Hausarztmedizin kennen* (lit. k; vgl. auch Art. 9 lit. h E-MedBG für das Studium der Pharmazie). Auch die Weiterbildung soll namentlich dazu befähigen, die Aufgaben der verschiedenen Fachpersonen und deren Zusammenwirken in der medizinischen Grundversorgung einschliesslich der *Steuerungsfunktion der Hausarztmedizin* zu verstehen und berufsspezifisch ihre Aufgaben in diesem Bereich auszuführen (Art. 17 Abs. 2 lit. i E-MedBG).

⁹³ BBl 2013 6205 und 6233.

⁹⁴ Dazu bereits GÄCHTER/BURCH (Fn. 1), S. 24 f.

Zudem haben die in der medizinischen Grundversorgung tätigen Humanmedizinerinnen und -mediziner ihre spezifischen hausärztlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Fertigkeiten während der entsprechenden Weiterbildung im Bereich Hausarztmedizin zum Teil in Form von *Praxisassistenten* zu erwerben (Art. 17 Abs. 3 E-MedBG).

Die berufsspezifischen Ziele der universitären Ausbildung wurden zudem an die neue Verfassungsbestimmung über die *Komplementärmedizin* (Art. 118a BV) angepasst, welche in der Volksabstimmung vom 17. Mai 2009 angenommen worden war. Absolventinnen der unter das MedBG fallenden Studiengänge müssen demnach über angemessene Kenntnisse über Methoden und Therapieansätze der Komplementärmedizin verfügen (Art. 8 lit. j, Art. 9 lit. i, Art. 10 lit. i E-MedBG).

Bisher war die Beherrschung einer Landessprache Voraussetzung für die Anerkennung eines ausländischen Diploms oder eines ausländischen Weiterbildungstitels (Art. 15 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 1 MedBG). Art. 53 der europäischen Richtlinie 2005/36/EG vom 7. September 2005, welche im Rahmen des FZA⁹⁵ von der Schweiz übernommen wurde (Art. 9 i.V.m. Anhang III) und seit dem 1. November 2011 angewendet wird (AS 2011 4859), sieht jedoch vor, dass Personen, deren Berufsqualifikation anerkannt wird, über die *Sprachkenntnisse* verfügen müssen, die für die Ausübung ihrer Berufstätigkeit im Aufnahmemitgliedstaat erforderlich sind. Entsprechend werden die erforderlichen Sprachkenntnisse im MedBG nicht mehr in den Bestimmungen über die Anerkennung der ausländischen Diplome und Weiterbildungstitel geregelt, sondern bei den Voraussetzungen für die Erteilung der kantonalen Berufsausübungsbewilligung (Art. 36 MedBG). Eine Bewilligung darf nach dem neuen Abs. 1 lit. c nur noch erteilt werden, wenn der Gesuchsteller eine Amtssprache des betreffenden Kantons beherrscht. Das hat zur Folge, dass nicht mehr die Medizinalberufekommission (MEBEKO) für die Prüfung der erforderlichen Sprachkenntnisse zuständig ist (vgl.

⁹⁵ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA), abgeschlossen am 21. Juni 1999, in Kraft getreten am 1. Juni 2002 (SR 0.142.112.681).

Art. 15 Abs. 3 und Art. 21 Abs. 3 MedBG), sondern die für die Berufsausübungsbewilligung zuständige kantonale Behörde.⁹⁶ Die entsprechende Prüfung im Rahmen des Anerkennungsverfahrens war mit der Rechtsprechung des EuGH und der Richtlinie 2005/36/EG nicht vereinbar.⁹⁷

Eine im Wesentlichen redaktionelle Anpassung haben die Bestimmungen zum *Medizinalberuferegister* (Art. 51 ff. MedBG) erfahren. Neu werden die Einträge mit Erreichen des 80. Altersjahres aber nicht mehr automatisch gelöscht (wie bisher in Art. 54 Abs. 4 MedBG vorgesehen).

Weitere Änderungen werden sich zudem aufgrund des *Hochschulförderungs- und -koordinationgesetzes* (HFKG) ergeben, welches das Parlament am 30. September 2011 erlassen hat und das voraussichtlich 2015 in Kraft treten wird (BBl 2011 7455). Mit Inkrafttreten des HFKG werden das Universitätsförderungsgesetz und das Fachhochschulgesetz aufgehoben (Anhang Ziff. I). Mit dem Erlass des HFKG wird Art. 63a BV über die Hochschulen umgesetzt, wonach Bund und Kantone gemeinsam für die Koordination und für die Gewährleistung der Qualitätssicherung im schweizerischen Hochschulwesen sorgen und zu diesem Zweck insbesondere Verträge abschliessen und bestimmte Befugnisse an gemeinsame Organe übertragen.

Die *Akkreditierung der Studiengänge und Weiterbildungen* im Bereich der universitären Medizinalberufe (Art. 23 ff. MedBG) wird sich neu primär nach diesem Gesetz richten (Art. 28 ff. HFKG; zusätzliche Kriterien im MedBG für die universitären Medizinalberufe). Die Universitätskonferenz (gemeinsames Organ des Bundes und der Universitätskantone im Bereich der Universitätspolitik⁹⁸), welche bisher z.B. vor der Bestimmung der Anzahl Studienkreditpunkte durch den Bundesrat oder im Rahmen des Akkreditierungsverfahrens angehört wurde (vgl. Art. 12 Abs. 3 und Art. 24 Abs. 2 MedBG), wird durch einen *Hochschulrat* ersetzt (Teil der Schweizerischen Hochschul-

⁹⁶ Siehe dazu auch die Botschaft zur Änderung des Medizinalberufegesetzes (MedBG) vom 3. Juli 2013 (BBl 2013 6205, S. 20).

⁹⁷ Botschaft (Fn. 96), S. 25.

⁹⁸ Vereinbarung vom 14. Dezember 2000 zwischen dem Bund und den Universitätskantonen über die Zusammenarbeit im universitären Hochschulbereich (SR 414.205).

konferenz, die sich aus einem Mitglied des Bundesrates und vierzehn Mitgliedern der Regierungen der Universitätskantone, der Fachhochschulen und der pädagogischen Hochschulen zusammensetzt, Art. 12 Abs. 1 HFKG). Für die Akkreditierung der Studiengänge, die zu einem eidgenössischen Diplom führen, wird neu der *Schweizerische Akkreditierungsrat*⁹⁹ zuständig sein (HFKG, Anhang Ziff. II.6, Änderung von Art. 47 Abs. 1 MedBG). Bisher war eine von der Trägerschaft der Ausbildungsinstitution unabhängige Akkreditierungsinstanz zuständig, deren Mitglieder vom Bundesrat auf Antrag der Universitätskonferenz gewählt wurden. Für die Akkreditierung von Weiterbildungsgängen im Bereich der universitären Medizinalberufe wird weiterhin das Departement zuständig sein (Art. 47 Abs. 2 MedBG). Akkreditierungsgesuche von universitären Hochschulen werden neu von der *Schweizerischen Agentur für Akkreditierung und Qualitätssicherung* nach Art. 22 HFKG geprüft (statt wie bisher vom Organ für Akkreditierung und Qualitätssicherung nach Art. 7 UFG; Art. 48 MedBG). Auch die Geltungsdauer der Akkreditierung der Studiengänge wird sich neu nach dem HFKG richten (Art. 29 Abs. 1 E-MedBG).¹⁰⁰ Für die Akkreditierung der Weiterbildungsgänge gilt wie bis anhin eine Geltungsdauer von höchstens sieben Jahren (Art. 29 Abs. 2 E-MedBG).

f) Hausarztmedizin¹⁰¹

Am 27. April 2010 wurde die eidgenössische Volksinitiative «Ja zur Hausarztmedizin» eingereicht, welche die Stellung der Hausärztinnen und Hausärzte stärken und die medizinische Versorgung der Bevölkerung durch Fachärztinnen und Fachärzte der Hausarztmedizin sicherstellen will (neuer

⁹⁹ 15 bis 20 unabhängige Mitglieder, welche insbesondere die Hochschulen, die Arbeitswelt, die Studierenden, den Mittelbau und den Lehrkörper vertreten (Art. 21 Abs. 1 HFKG).

¹⁰⁰ Diese Änderung ist im Anhang zum HFKG über die Aufhebung und Änderung bisherigen Rechts nicht enthalten. Auch im Vorentwurf zur Teilrevision des MedBG war diese Anpassung noch nicht vorgesehen.

¹⁰¹ Ein Teil der Ausführungen wurde aus dem Tagungsband zur letzten Tagung im Jahr 2011 übernommen: GÄCHTER/BURCH (Fn. 1), S. 26 f.

Art. 118b BV).¹⁰² Die Hausärztinnen und Hausärzte sollen in der Regel die erste Anlaufstelle für die Behandlung von Krankheiten und Unfällen sowie für Fragen der Gesundheitserziehung und der Gesundheitsvorsorge sein. Kernpunkte der Initiative sind die Aus- und Weiterbildung der Hausärzte, die Erleichterung der Berufsausübung und die angemessene Abgeltung der Leistungen.

Bundesrat und Parlament lehnten die Initiative jedoch ab und verabschiedeten stattdessen einen direkten Gegenentwurf, welcher die Verankerung eines «Grundversorgungsartikels» in der Verfassung vorsieht (Art. 117a BV). Die ordentliche Behandlungsfrist für diese Vorlage (Geschäfts-Nr. 11.062) war bereits am 1. Oktober 2012 abgelaufen,¹⁰³ sie wurde jedoch bis zum 1. Oktober 2013 verlängert.¹⁰⁴ Am 19. September 2013 hat das Parlament nun einen Entscheid über die Vorlage gefasst.

Der Entwurf des Bundesrates für einen neuen Art. 117a BV sah vor, dass Bund und Kantone sich im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für eine allen zugängliche medizinische Grundversorgung von hoher Qualität einsetzen und die Hausarztmedizin als einen wesentlichen Bestandteil dieser Grundversorgung anerkennen und fördern (Abs. 1).¹⁰⁵ National- und Ständerat haben sich im Rahmen der parlamentarischen Beratung jedoch für eine Formulierung ausgesprochen, die den Bund und die Kantone stärker in die Verantwortung zieht.¹⁰⁶ Demnach soll die medizinische Grundversorgung nicht nur allen zugänglich und von hoher Qualität, sondern auch *ausreichend*

sein. Zudem sollen sich Bund und Kantone nicht nur für dieses Ziel einsetzen, sondern dafür *sorgen*.¹⁰⁷

Ähnlich wie im Initiativtext sieht der Entwurf weiter vor, dass der Bund Vorschriften über die Aus- und Weiterbildung sowie über die Berufsausübung erlässt (Abs. 2; vgl. den Entwurf von Art. 118b Abs. 4 BV). Die Bestimmung betrifft jedoch alle Berufe der medizinischen Grundversorgung und nicht spezifisch die Fachärztinnen und Fachärzte der Hausarztmedizin. Das Parlament will den Bund in dieser Bestimmung allerdings zusätzlich verpflichten, Vorschriften über die angemessene Abgeltung der Leistungen der Hausarztmedizin zu erlassen.¹⁰⁸ Damit wird einem (wichtigen) Anliegen der Hausarztinitiative entsprochen (vgl. Art. 118b Abs. 4 lit. c BV¹⁰⁹). Strittig war lange, ob der Bund auch Vorschriften über die medizinische Grundversorgung und das verfügbare Aus- und Weiterbildungsangebot erlassen soll, soweit dies zur Sicherstellung der ausreichenden Versorgung erforderlich ist.¹¹⁰ Es handelte sich dabei um einen Vorschlag des Nationalrates, der schliesslich einlenkte und dem Antrag des Ständerates, diese Bestimmung wieder zu streichen, zustimmte.¹¹¹ Nicht einig waren sich die Räte anfänglich auch über die Formulierung der Sachüberschrift.¹¹² Konkret ging es um die Frage, ob darin zusätzlich die Hausarztmedizin erwähnt werden soll. Auch hier lenkte der Nationalrat schliesslich ein, d.h. die Hausarztmedizin wurde in der Sachüberschrift nicht ausdrücklich verankert.

¹⁰² Der Wortlaut dieser Bestimmung ist in BBl 2011 7965 publiziert.

¹⁰³ Art. 97 des Bundesgesetzes vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG; SR 171.10). Siehe für den konkreten Fall die Internetseite der Bundeskanzlei: http://www.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis_1_3_1_5.html.

¹⁰⁴ Art. 105 ParlG; AB 2012 S 408; AB 2012 N 1377.

¹⁰⁵ BBl 2011 7591.

¹⁰⁶ AB 2012 S 407; AB 2013 N 97 ff.

¹⁰⁷ Vgl. Entwurf von Art. 118b Abs. 1 BV: «Bund und Kantone sorgen im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für eine ausreichende, allen zugängliche, fachlich umfassende und qualitativ hochstehende medizinische Versorgung der Bevölkerung durch Fachärztinnen und Fachärzte der Hausarztmedizin.»

¹⁰⁸ AB 2012 S 407; AB 2013 N 97 ff.

¹⁰⁹ «Der Bund erlässt Vorschriften über die Erweiterung und die angemessene Abgeltung der diagnostischen, therapeutischen und präventiven Leistungen der Hausarztmedizin.»

¹¹⁰ AB 2013 N 97 ff.; AB 2013 S 414 f.; AB 2013 N 966 ff.

¹¹¹ AB 2013 N 1346 f.

¹¹² AB 2013 N 97 ff.; AB 2013 S 414 f.; AB 2013 N 966 ff.

Der Nationalrat hätte im neuen Verfassungsartikel zudem der Hausarztinitiative entgegenkommen und festhalten wollen, dass Bund und Kantone günstige Voraussetzungen für die Ausübung der Gesundheits- und Medizinalberufe schaffen, eine ausgewogene regionale Verteilung anstreben und die Hausarztmedizin und deren Steuerungsfunktion stärken.¹¹³ Der Ständerat stimmte diesem Anliegen jedoch nicht zu und der Nationalrat lenkte schliesslich ein, insbesondere deshalb, weil das Initiativkomitee signalisierte hatte, die Volksinitiative zurückzuziehen.¹¹⁴ Die Steuerungsfunktion der Hausarztmedizin soll im Übrigen neu auch im Medizinalberufegesetz betont werden (Art. 8 lit. k, Art. 9 lit. h und Art. 17 Abs. 2 lit. i E-MedBG, siehe dazu oben II.2.e).

Abs. 3 des Entwurfes von Art. 117a BV, wonach sich der Bund an der Erarbeitung von Grundlagen zur Weiterentwicklung und Koordination der medizinischen Grundversorgung beteiligen und Massnahmen zur Gewährleistung der Qualität der Leistungen treffen kann, wurde von den Räten gestrichen. In der Schlussabstimmung vom 19. September 2013 hat der Ständerat den Gegenentwurf sodann einstimmig angenommen, der Nationalrat mit einer deutlichen Mehrheit von 140 zu 49 Stimmen.¹¹⁵

Um die wichtigsten Forderungen der Initianten der Hausarztmedizin zu erfüllen, hat Bundesrat Alain Berset gemeinsam mit der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK) im Juni 2012 einen *Masterplan* «Hausarztmedizin und medizinische Grundversorgung» lanciert.¹¹⁶ Dieser Masterplan ist breit abgestützt, seiner Träger-schaft gehören neben EDI und der GDK auch das Initiativkomitee der Haus-

¹¹³ AB 2013 N 97 ff.; AB 2013 S 414 f.; AB 2013 N 966 ff. Vgl. Art. 118b Abs. 3 BV: «Sie [Bund und Kantone] streben eine ausgewogene regionale Verteilung an, schaffen günstige Voraussetzungen für die Ausübung der Hausarztmedizin und fördern die Zusammenarbeit mit den übrigen Leistungserbringern und Institutionen des Gesundheits- und Sozialwesens.»

¹¹⁴ AB 2013 S 658 ff.; AB 2013 N 1346 f.

¹¹⁵ AB 2013 S 810; AB 2013 N 1521.

¹¹⁶ Siehe zu diesem Masterplan HEINRICH KOLLER, Der Masterplan als neues Instrument der Rechtspolitik, in: Regierungsrat des Kantons Solothurn (Hrsg.), Festgabe Walter Straumann, Solothurn 2013, S. 113 ff.

arztinitiative, der Verband «Hausärzte Schweiz», die Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte FMH, die Schweizerische Universitätskonferenz, das Staatssekretariat für Bildung und Forschung (SBF) und das Bundesamt für Gesundheit (BAG) an. Kurzfristig soll Geld in die universitäre Bildung und Forschung zur Hausarztmedizin fliessen. Eine Anpassung der Aus- und Weiterbildungsziele im Bereich der universitären Medizinalberufe wurde wie bereits erwähnt in die Wege geleitet (Art. 8 lit. k, Art. 9 lit. h und Art. 17 Abs. 2 lit. i E-MedBG, siehe dazu oben II.2.e. Schnellanalysen in Praxislabors sollen besser abgegolten werden. Zudem soll im Einzelleistungstarifsystem TARMED im Rahmen einer Gesamtrevision ein separates Kapitel für die Hausarztmedizin eingeführt werden. Am 16. Mai 2013 fand vor dem Hintergrund dieses Masterplans in Bern die Nationale Tagung «Hausarztmedizin» statt, um die Zukunft der Hausarztmedizin und verschiedene Lösungsmodelle für die bestehenden strukturellen Probleme zu diskutieren.¹¹⁷

Die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates hat am 19. Juni 2012 zudem eine *Motion zur «Stärkung der Hausarztmedizin»* eingereicht (Geschäfts-Nr. 12.3643), welche von beiden Räten angenommen worden ist.¹¹⁸ Mit dieser Motion wurde der Bundesrat beauftragt, «mit verschiedenen Massnahmen die Hausarztmedizin als wesentlichen Teil der medizinischen Grundversorgung kurz- und mittelfristig zu stärken». Der Bundesrat soll sich bei der Umsetzung an den vom EDI bereits eingeleiteten Aktivitäten zu einem Masterplan «Hausarztmedizin und medizinische Grundversorgung» orientieren. Bezweckt wurde u.a. die Ermöglichung des Rückzugs der Hausarztinitiative.

Dieser Zweck wurde erreicht. Die Initianten haben ihre Volksinitiative «Ja zur Hausarztmedizin» am 27. September 2013 zurückgezogen.¹¹⁹ Die getroffenen Massnahmen zur Stärkung der Hausarztmedizin und der Gegenentwurf von Bundesrat und Parlament haben dazu geführt, dass die Initian-

¹¹⁷ Unterlagen einsehbar unter <http://de.congress-info.ch/bag-tagung2013/programm>.

¹¹⁸ AB 2012 S 892 f.; AB 2013 N 100.

¹¹⁹ Medienmitteilung des EDI vom 27. September 2013, abrufbar unter <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=50400>.

ten ihre Anliegen als erfüllt betrachten. Den Ausschlag dazu gab v.a. der Entscheid des Bundesrates, die Entschädigung der Hausärzte um CHF 200 Mio. pro Jahr anzuheben, nachdem sich die Tarifpartner (die FMH und die Krankenversicherer) nicht über die Tarifstruktur hatten einigen können. Diese Besserstellung der Hausärzte geschieht kostenneutral, d.h. die Tarife der Spezialärzte werden entsprechend gesenkt. Die neue Tarifstruktur soll Mitte 2014 in Kraft treten.¹²⁰ Zudem wird die Zahl und die Abgeltung der ärztlichen Laboranalysen, die zulasten der Krankenversicherung abgerechnet werden können, in spürbarem Umfang erhöht; die Einschränkung der Möglichkeiten des Praxislabors bildete denn vor wenigen Jahren auch den letzten Anstoss für das politische Vorgehen auf dem Weg der Volksinitiative.

3. Sozialversicherungsrecht mit Gesundheitsbezug

a) Invalidenversicherung: 6. IV-Revision

Die 6. IV-Revision sollte als dritter und letzter Schritt zur *Sanierung der Invalidenversicherung (IV)* beitragen.¹²¹ Mit der 4. und 5. IV-Revision wurde eine Stabilisierung des Defizits auf hohem Niveau angestrebt, wozu u.a. Instrumente der Früherfassung und der Frühintervention beitragen sollen. Der zweite Schritt bestand in der befristeten Erhöhung der Mehrwertsteuer zur Zusatzfinanzierung der IV und zur vorübergehenden Eliminierung des Defizits. Seit dem 1. Januar 2011 werden die Finanzen zudem über einen eigenen (von der AHV unabhängigen) Fonds abgewickelt. Mit der 6. IV-Revision hätte die Grundlage geschaffen werden sollen für einen *nachhaltigen Ausgleich der Rechnung* durch Sparmassnahmen, verstärkte Eingliederungsmassnahmen und Systemanpassungen zur Eliminierung von Fehlanreizen. Der

¹²⁰ Siehe dazu den Artikel «Alain Berset spricht ein Machtwort», Neue Zürcher Zeitung vom 28. September 2013, S. 11.

¹²¹ Medienmitteilung des Bundesamtes für Sozialversicherungen vom 17. Juni 2009, abrufbar unter <http://www.bsv.admin.ch/aktuell/reden/00122/index.html?lang=de&msg-id=27468>.

Auftrag zu diesem Gesetzgebungsprojekt ist in Art. 5 des Bundesgesetzes über die Sanierung der IV verankert.¹²²

Die 6. IV-Revision wurde aufgeteilt, damit sich die ersten Massnahmen möglichst schnell voll auswirken können. Das *erste Massnahmenpaket* der 6. IV-Revision (IV-Revision 6a, Geschäfts-Nr. 10.032) ist am 1. Januar 2012 in Kraft getreten (Bundesgesetz vom 18. März 2011, AS 2011 5969). Es enthielt zusätzliche Instrumente für die Wiedereingliederung von Menschen mit Behinderung ins Erwerbsleben (Rente wird während beruflicher Eingliederung weiter ausbezahlt, Einarbeitungszuschuss an die Arbeitgeber, Begleitung und Beratung beider Parteien, Übergangsleistung während dreijähriger Schutzfrist) und einen neuen Assistenzbeitrag. Bis 2027 sollen durch dieses Massnahmenpaket jährlich ca. 335 Mio. Franken gespart werden können.

Das *zweite Massnahmenpaket* (IV-Revision 6b, Geschäfts-Nr. 11.030) ist im Juni 2013 im Parlament gescheitert (bzw. es wurde nur Art. 14^{bis} über die Kostenvergütung für stationäre Behandlungen angenommen).¹²³ Mit diesem Massnahmenpaket hätte das nach der Revision 6a verbleibende Defizit eliminiert werden sollen. Es enthielt folgende sieben Massnahmen:

- Anpassung des Rentensystems zur Unterstützung der Eingliederung («Arbeit muss sich lohnen»)
- Verstärkte Eingliederung und Verbleib im Arbeitsmarkt
- Neue Regelung für Rentnerinnen und Rentner mit Kindern
- Neue Regelung für Reisekosten
- Verstärkte Betrugsbekämpfung
- Entschuldung der IV
- Interventionsmechanismus zur langfristigen Sicherstellung des finanziellen Gleichgewichts

¹²² Bundesgesetz vom 13. Juni 2008 über die Sanierung der Invalidenversicherung (SR 831.27). Abs. 1: Der Bundesrat legt bis spätestens am 31. Dezember 2010 die Botschaft für eine 6. IV-Revision vor. Abs. 2: In der Botschaft unterbreitet er insbesondere Vorschläge, wie die Invalidenversicherung durch Senkung der Ausgaben saniert werden kann.

¹²³ AB 2013 N 1095 ff.; AB 2013 S 598 ff.

Die Revisionsvorlage scheiterte jedoch im Ständerat. Die Räte konnten sich insbesondere nicht darauf einigen, den Invaliditätsgrad für eine volle Rente von heute 70 auf 80% zu erhöhen. Diese Erhöhung hätte sich aus dem neuen Art. 28b Abs. 2 IVG, wonach die Teilrente («der prozentuale Anteil an einer ganzen Rente») ab einem Invaliditätsgrad von 50% dem Invaliditätsgrad entspricht, und Art. 28a Abs. 1^{bis} IVG, wonach Invalideneinkommen in der Höhe bis zu 20% des Valideneinkommens nur berücksichtigt werden, wenn sie auch tatsächlich erzielt werden, ergeben. Hat eine invalide Person kein Erwerbseinkommen und wird ihr ein Invaliditätsgrad von 80% zuerkannt, hätte sie jedoch Anspruch auf eine ganze Rente und nicht nur auf eine Teilrente im Betrag von 80% der Vollrente. Da die IV-Rente der AHV-Rente entspricht (Mindestbetrag aktuell 1170 Franken, Höchstbetrag 2340 Franken), das Valideneinkommen im Einzelfall aber recht hoch sein kann, ist das Gesamteinkommen aus Rente und Invalideneinkommen im Fall der Anrechnung desselben jedoch immer noch höher als ohne Erwerbseinkommen. Dem dieser Anpassung des Rentensystems (stufenloses Rentensystem) zugrunde liegenden Prinzip «Arbeit muss sich lohnen» wäre also Rechnung getragen worden.¹²⁴

Nicht einigen konnten sich die Räte zudem über die *Schuldenbremse* (Art. 80 E-IVG). Im Entwurf des Bundesrates war diesbezüglich ein zweistufiger Interventionsmechanismus vorgesehen. Ein *Teil der Vorlage wurde ausgeklammert* und die Beratung auf den Zeitpunkt verschoben, in dem die Evaluationsergebnisse zur 5. IV-Revision und zur Revision 6a vorliegen («Rückweisung der Vorlage 3 an die Kommission und Beratung, sobald signifikante und aussagekräftige Ergebnisse der Evaluation zu den Revisionen 5 und 6a vorliegen», Antrag einer Mehrheit der SGK-N). Es betrifft dies die Kürzung der Kinderrenten (von 40 auf 30% der IV-Rente, Art. 38 Abs. 1 und 1^{bis}, Art. 38^{bis} Abs. 3, Ziff. II Bst. c: Übergangsfrist von 3 Jahren, Änderung bishe-

¹²⁴ Erzielt eine invalide Person mit einem anrechenbaren Valideneinkommen von 100'000 Franken ein (tatsächliches) Invalideneinkommen von 20'000 Franken, hätte sie nach dem neuen System keine volle (28'080 Franken), sondern nur noch eine 80%-ige Rente (22'464 Franken) erhalten. Mit insgesamt 42'464 Franken (statt 28'080 Franken) stünde die invalide Person mit Erwerbseinkommen jedoch deutlich besser da als ohne.

rigen Rechts Ziff. 3 [AHVG] Art. 35^{ter}, ÜbB) und die Reisekostenbeiträge (Art. 14 Abs. 2^{bis} und 2^{ter} [medizinische Massnahmen]; Art. 14a Abs. 2^{bis} [Integrationsmassnahmen zur Vorbereitung auf die berufliche Eingliederung]; Art. 17 Abs. 3 [Umschulung]; Art. 21 Abs. 2^{bis} [Hilfsmittel]; Art. 51 [Aufhebung des bisherigen Artikels über die Reisekosten]) und Art. 28 (Rentenan-spruch).

b) Krankenversicherung

aa) Managed Care-Vorlage

Die Managed Care-Vorlage sah zum Zweck der Kostensenkung in der Krankenversicherung vor, dass sich die Versicherten gegen eine Prämienreduktion gegenüber dem Versicherer verpflichten können, nur noch Leistungen in sog. «integrierten Versorgungsnetzen» in Anspruch zu nehmen.¹²⁵ Die Vorlage ist jedoch in der Volksabstimmung vom 17. Juni 2012 gescheitert. Eine deutliche Mehrheit von 76% der Bevölkerung lehnte diese Einschränkung der freien Arztwahl ab.¹²⁶

bb) Wiedereinführung des Zulassungsstopps

Am 31. Dezember 2011 ist die Geltungsdauer der Verordnung vom 3. Juli 2002 über die Einschränkung der Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (VEZL¹²⁷; sog. «Zulassungsstopp»), welche dreimal verlängert worden war (siehe Art. 6 VEZL),¹²⁸ abgelaufen. Der Zulassungsstopp hätte u.a. durch die Einführung der Managed Care abgelöst werden sollen (siehe oben). Das Scheitern dieser Vorlage und der markante Anstieg der Zulassungsgesuche im Jahr 2012 veranlassten den Bundesrat jedoch, dem Gesetzgeber einen

¹²⁵ Siehe dazu im Einzelnen GÄCHTER/BURCH (Fn. 1), S. 27 ff.

¹²⁶ BBl 2012 7685 und Internetseite der Bundeskanzlei <http://www.admin.ch/ch/d/pore/va/20120617/det562.html>.

¹²⁷ AS 2002 2549.

¹²⁸ AS 2005 2353, 2008 3165 und 2009 5339.

Entwurf für die vorübergehende Wiedereinführung der bedarfsabhängigen Zulassung zu unterbreiten (Geschäfts-Nr. 12.092). Seit dem 5. Juli 2013 gilt nun die VEZL vom 3. Juli 2013.¹²⁹ Diese stützt sich auf die seit dem 1. Juli 2013 in Kraft stehende Fassung von Art. 55a KVG¹³⁰. Die neuen rechtlichen Grundlagen werden in Schwerpunkt 3 näher betrachtet, insbesondere hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU.

cc) Keine Kostenbeteiligung bei Mutterschaft

Auf den Leistungen bei Mutterschaft darf der Versicherer keine Kostenbeteiligung (Franchise, Selbstbehalt und Beitrag an Spitalaufenthaltskosten) erheben (Art. 64 Abs. 7 KVG, Art. 104 Abs. 2 lit. c KVV). Leistungen bei Krankheit unterliegen nach der bundesgerichtlichen Praxis jedoch stets der Kostenbeteiligungspflicht, auch wenn es sich dabei um Schwangerschaftskomplikationen handelt (vgl. BGE 127 V 268 ff.). Aufgrund einer parlamentarischen Initiative (Geschäfts-Nr. 11.494, Kostenbeteiligung bei Mutterschaft. Gleichbehandlung) wurde Art. 64 Abs. 7 KVG nun dahingehend ergänzt, dass Leistungen nach den Artikeln 25 und 25a KVG, die ab der 13. Schwangerschaftswoche, während der Niederkunft und bis acht Wochen nach der Niederkunft erbracht werden, ebenfalls ausdrücklich von der Kostenbeteiligung ausgenommen sind. Das Parlament hatte dieser Änderung am 21. Juni 2013 mit deutlicher Mehrheit zugestimmt.¹³¹ Damit werden Frauen mit Schwangerschaftskomplikationen denjenigen mit normalem Verlauf der Schwangerschaft gleichgestellt.

dd) Krankenversicherungs-Aufsichtsgesetz

Weiter ist ein Krankenversicherungs-Aufsichtsgesetz (KVAG) in Planung (Geschäfts-Nr. 12.027). Der Bundesrat hat den entsprechenden Entwurf und

¹²⁹ SR 832.103.

¹³⁰ Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10).

¹³¹ AB 2013 N 1208 (141 zu 42 Stimmen); AB 2013 S 645 (einstimmig, 44 Stimmen, 1 Enthaltung).

die dazugehörige Botschaft am 15. Februar 2012 dem Parlament überwiesen.¹³² Die Aufsicht in der sozialen Krankenversicherung soll gestärkt und die Transparenz des Systems erhöht werden. Heute ist die Aufsicht in Art. 21 KVG geregelt. Der Ständerat hat am 18. März 2013 über die Vorlage beraten und einige Abweichungen vom Entwurf des Bundesrates beschlossen.¹³³ Die Kommission für Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates ist im September zwar mit 17 zu 7 Stimmen auf die Vorlage eingetreten, beantragt jedoch mit 15 zu 9 die Zurückweisung dieses Geschäfts an den Bundesrat.¹³⁴ Die Mehrheit der Kommission möchte die wesentlichen Punkte dieser Vorlage nicht in einem separaten Gesetz verankern, sondern ins KVG integrieren. Ein spezielles Aufsichtsgesetz würde ihrer Ansicht nach zu Überregulierung und unnötiger Bürokratie führen. Die Beratung im Plenum steht noch an.

ee) Elektronisches Patientendossier

Am 29. Mai 2013 hat der Bundesrat zudem den Entwurf und die Botschaft zu einem Bundesgesetz über das elektronische Patientendossier verabschiedet (EPDG; Geschäfts-Nr. 13.050).¹³⁵ Es handelt sich dabei um ein wesentliches Element der bundesrätlichen Strategie «Gesundheit2020». Mit dem elektronischen Patientendossier («eHealth Suisse») soll u.a. die Qualität der Behandlungsprozesse verbessert und die Patientensicherheit erhöht werden. Letztlich geht es um eine Steigerung der Effizienz des Gesundheitssystems und damit auch um die Kostensenkung in der sozialen Krankenversicherung. Die Patientinnen und Patienten sollen selber entscheiden können, ob über sie ein solches Dossier geführt werden soll und wer Zugriff darauf hat. Sie sollen zudem die Möglichkeit haben, ihre medizinischen Daten auch selber zu konsultieren. Die Beratung im Parlament steht noch an.

¹³² BBI 2012 1941, 1999.

¹³³ AB 2013 S 200 ff.

¹³⁴ Medienmitteilung vom 6. September 2013, abrufbar unter http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20120027.

¹³⁵ BBI 2013 5321, 5417.

ff) Volksinitiative «Abtreibungsfinanzierung ist Privatsache»

Am 16. August 2011 ist die Volksinitiative «Abtreibungsfinanzierung ist Privatsache – Entlastung der Krankenversicherung durch Streichung der Kosten des Schwangerschaftsabbruchs aus der obligatorischen Grundversicherung» zustande gekommen.¹³⁶ Art. 117 BV über die Kranken- und Unfallversicherung soll um einen Absatz 3 ergänzt werden, wonach «unter Vorbehalt von seltenen Ausnahmen seitens der Mutter» Schwangerschaftsabbruch und Mehrlingsreduktion nicht in der obligatorischen Krankenversicherung eingeschlossen sind.¹³⁷ Der Bundesrat hat die Vorlage mit Botschaft vom 9. Mai 2012 an das Parlament überwiesen (Geschäfts-Nr. 12.052).¹³⁸ Er lehnt die Initiative ab und hat dazu keinen Gegenentwurf ausgearbeitet.¹³⁹ Der Nationalrat hat die Vorlage am 17. April 2013 beraten und im Sinne des Bundesrates einen Beschluss gefasst.¹⁴⁰ Über die Vorlage wurde heftig debattiert, 47 Nationalräte haben das Wort dazu ergriffen. Schliesslich folgte die grosse Kammer jedoch mit 130 zu 29 Stimmen dem Bundesrat und lehnte die Initiative ab. Der Ständerat stimmte dem Nationalrat am 9. September 2013 zu.¹⁴¹ Ebenfalls deutlich mit 37 zu 4 Stimmen hat die kleine Kammer den Antrag von Peter Föhn abgelehnt, welcher im Sinne eines indirekten Gegenvorschlags eine Änderung von Art. 30 KVG über den straflosen Schwangerschaftsabbruch vorgesehen hätte. Die Kostenübernahme durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung bei Schwangerschaftsabbrüchen und Mehrlingsreduktionen für die gleichen Leistungen wie bei Krankheit wäre auf die Fälle eingeschränkt worden, in denen eine Lebensgefahr für die Mutter besteht oder in denen eine Vergewaltigung vorliegt.

¹³⁶ BBl 2011 6551.

¹³⁷ Der Wortlaut ist einsehbar unter BBl 2010 285 und BBl 2012 5429.

¹³⁸ BBl 2012 5409.

¹³⁹ Siehe dazu die Botschaft des Bundesrates (Fn. 138) und die Medienmitteilung des Bundesamtes für Gesundheit vom 9. Mai 2012, abrufbar unter <http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/04121/12850/index.html>.

¹⁴⁰ AB 2013 N 657 ff.

¹⁴¹ Provisorischer Text im AB ohne Seitenzahlen.

Ausschlaggebend war die Überlegung, dass bei der Entscheidung für oder gegen eine Abtreibung nicht finanzielle Kriterien im Vordergrund stehen sollten. Die in der Initiative vorgesehene Regelung würde dazu führen, dass die Krankenkassen von Fall zu Fall entscheiden müssten, ob eine zulässige Ausnahme gegeben ist und die Kosten für die Abtreibung übernommen werden müssen. Diese Unsicherheit birgt die Gefahr in sich, dass die betroffenen Frauen die Schwangerschaft vermehrt gesetzeswidrig abbrechen lassen, was zu gesundheitlichen Schäden und damit letztlich wieder zu Kosten führen würde, die von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung übernommen werden müssen.

gg) Volksinitiative «Für eine öffentliche Krankenkasse»

Die Volksinitiative «Für eine öffentliche Krankenkasse» ist am 19. Juni 2012 zustande gekommen.¹⁴² Mit ihr soll Art. 117 BV ebenfalls um einen Absatz 3 sowie um einen Absatz 4 ergänzt werden, mit dem Inhalt, dass die soziale Krankenversicherung von einer einheitlichen nationalen öffentlich-rechtlichen Einrichtung (mit kantonalen und interkantonalen Agenturen) durchgeführt wird. Die Prämien werden für jeden Kanton einheitlich und kostenabhängig festgelegt.¹⁴³

Der Bundesrat lehnt die Initiative ab und hat entschieden, die Initiative dem Volk ohne Gegenvorschlag zur Abstimmung zu unterbreiten.¹⁴⁴ Mit dieser Abstimmungsempfehlung ist der Bundesrat mehreren Motionen im Parlament nachgekommen, mit denen verlangt wurde, dass die Volksabstim-

¹⁴² BBl 2012 6631.

¹⁴³ Der Wortlaut ist im Bundesblatt einsehbar (BBl 2011 1317).

¹⁴⁴ Medienmitteilung des Bundesrates vom 20. September 2013, abrufbar unter http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&print_style=yes&msg-id=50307. Die Botschaft und der Entwurf des Bundesbeschlusses waren am 24. September 2013 noch nicht im Bundesblatt publiziert, aber im Internet unter <http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/00305/13677/index.html?lang=de> einsehbar.

mung rasch und ohne Gegenvorschlag durchgeführt wird.¹⁴⁵ Ursprünglich wollte er der Initiative einen indirekten Gegenvorschlag gegenüberstellen, welche einer öffentlichen Einheitskasse sehr nahe gekommen wäre.¹⁴⁶ Der Gegenvorschlag hätte die Einrichtung einer Rückversicherung für sehr hohe Kosten (Art. 16–16c E-KVG), einen verfeinerten Risikoausgleich (Art. 17–17b E-KVG) und eine striktere Trennung von Grund- und Zusatzversicherung vorgesehen (Aufhebung von Art. 11 KVG, Änderung von Art. 12 f. KVG). Die obligatorische Krankenpflegeversicherung hätte nur noch durch Krankenkassen betrieben werden dürfen, die keine Zusatzversicherungen anbieten. Private Versicherungsunternehmen, die dem Versicherungsvertragsgesetz¹⁴⁷ unterstehen, hätten die soziale Krankenversicherung nicht mehr durchführen dürfen (vgl. den geltenden Art. 11 lit. b KVG). Der Bundesrat verzichtet nun auf diesen indirekten Gegenvorschlag, hat aber gleichentags einen Entwurf für eine Änderung des KVG und die dazugehörige Botschaft verabschiedet.¹⁴⁸ Dieser Entwurf sieht Massnahmen zur Eindämmung der Risikoselektion vor, d.h. eine Verfeinerung des Risikoausgleichs und die Trennung von Grund- und Zusatzversicherung.

hh) Korrektur der zwischen 1996 und 2011 bezahlten Prämien

Am 15. Februar 2012 hat der Bundesrat dem Parlament den Entwurf und die Botschaft für eine Änderung des KVG unterbreitet, welche die Korrektur der zwischen 1996 und 2011 zu viel oder zu wenig bezahlten Krankenkassen-

¹⁴⁵ Geschäfts-Nr. 12.4123 (de Courten Thomas, Fraktion SVP), 12.4157 (Humbel Ruth, Fraktion CVP-EVP), 12.4164 (Cassis Ignazio, FDP-Liberale Fraktion), 12.4207 (Hess Lorenz, Fraktion BD) und 12.4277 (Schwaller Urs, Fraktion CVP-EVP).

¹⁴⁶ Medienmitteilung des Bundesamtes für Gesundheit vom 10. Oktober 2012, abrufbar unter <http://www.bag.admin.ch/aktuell/00718/01220/index.html?lang=de&msg-id=46274>.

¹⁴⁷ Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG; SR 221.229.1).

¹⁴⁸ Die Botschaft und der Entwurf der Änderungsvorlage waren am 24. September 2013 noch nicht im Bundesblatt publiziert, aber im Internet unter <http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/00305/04104/06676/index.html?lang=de> einsehbar.

prämien vorsieht (Geschäfts-Nr. 12.026).¹⁴⁹ Der Grund für diese Differenzen ist, dass in gewissen Kantonen die erhobenen Prämien nicht mit den Kosten für die erbrachten Leistungen übereinstimmen. Die entsprechenden Beträge sollen den Versicherten in einer befristeten Zeit von sechs Jahren als Zuschläge in Rechnung gestellt bzw. als Abzüge gutgeschrieben werden.

Der Ständerat hat am 17. September 2013 darüber beraten und Abweichungen gegenüber dem Entwurf des Bundesrates beschlossen. Strittig war v.a. der Zeitraum, der für die Bestimmung der zu viel bezahlten Prämien massgebend sein soll. Der Bundesrat hatte im Entwurf den Zeitraum vom 1. Januar 1996 bis am 31. Dezember 2011 festgesetzt, der Ständerat wollte die Dauer bis zum Inkrafttreten des geplanten Krankenversicherungs-Aufsichtsgesetzes (KVAG, siehe dazu oben b) verlängern.¹⁵⁰ Der Ständerat hat auf Antrag der Kommissionsmehrheit zudem zusätzlich die Art. 106a–106c angenommen. Art. 106a sieht vor, dass die Versicherer und der Bund einen einmaligen Beitrag in einen Fonds leisten, der von der Gemeinsamen Einrichtung KVG geführt werden soll. Das qualifizierte Mehr für das Lösen der Ausgabenbremse wurde erreicht. Art. 106b regelt die grundlegenden Modalitäten der Verteilung dieser für die Versicherten bestimmten Beiträge und Art. 106c behält die Regelung der Einzelheiten dem Bundesrat vor. Der Ständerat hat zudem die Geltungsdauer des Gesetzes von sechs auf drei Jahre reduziert. Die Beratung im Nationalrat steht noch an.

III. Schwerpunkt 1: Revision der Alkoholgesetzgebung

1. Aktuelle Rechtslage

a) Alkoholgesetz

Das Alkoholgesetz¹⁵¹ verfolgt neben fiskalischen Zwecken auch *Anliegen des Gesundheitsschutzes*. Erfasst sind jedoch nicht, wie der Kurztitel des Erlasses nahe legt, jegliche Formen von Alkohol, sondern nur «gebrannte Wasser»

¹⁴⁹ BBl 2012 1923, 1939.

¹⁵⁰ AB 2013 S 769 ff.

¹⁵¹ Bundesgesetz vom 21. Juni 1932 über die gebrannten Wasser (Alkoholgesetz; SR 680).

(d.h. Äthylalkohol in jeder Form und ohne Rücksicht auf die Art seiner Herstellung, Art. 2 AlkG), nicht jedoch Bier, Wein oder saurer Most.¹⁵² Im Alkoholgesetz geregelt sind die Herstellung, Reinigung, Einfuhr, Ausfuhr und Durchfuhr, Verkauf und fiskalische Belastung von gebrannten Wassern (vgl. Art. 1 AlkG). Dass mit dieser Gesetzgebung aber insbesondere auch die Prävention des Alkoholkonsums bezweckt wird, ergibt sich bereits aus Art. 105 BV (Art. 32^{bis} aBV): «Die Gesetzgebung über Herstellung, Einfuhr, Reinigung und Verkauf gebrannter Wasser ist Sache des Bundes. Der Bund trägt insbesondere den schädlichen Wirkungen des Alkoholkonsums Rechnung.» In diesem Zusammenhang von Bedeutung ist zudem Art. 131 BV über die besonderen Verbrauchssteuern: «Die Kantone erhalten 10 Prozent des Reinertrags aus der Besteuerung der gebrannten Wasser. Diese Mittel sind zur Bekämpfung der Ursachen und Wirkungen von Suchtproblemen zu verwenden.» Es handelt sich dabei um den sog. «Alkoholzehntel». Die *Besteuerung* (Art. 20 ff. AlkG) steht im Vordergrund der eidgenössischen Alkoholgesetzgebung und die Prävention wird primär auf diesem Weg betrieben. Daneben existieren jedoch auch weitere hoheitliche Instrumente wie die *Mengensteuerung durch staatliche Monopole* (Art. 3 Abs. 1 und Art. 27 Abs. 1 AlkG) und der Schutz der Bevölkerung und insbesondere der Jugend mittels *Bewilligungspflichten* für den Handel (Art. 39 ff. AlkG).

Wichtig ist auch das Staatshandeln, welches unter der Überschrift «*Weitere Massnahmen zur Verminderung des Verbrauchs gebrannter Wasser zu Trinkzwecken*» in Art. 43a AlkG geregelt ist. Demnach unterstützt der Bund durch Beiträge gesamtschweizerische und interkantonale Organisationen und Institutionen, die sich der Bekämpfung des Alkoholismus durch vorsorgliche Massnahmen widmen. Solche Beiträge können insbesondere für Aufklärung und Forschung gewährt werden (Abs. 1). Wie bereits erwähnt sind aber auch die Kantone verpflichtet, in diesem Bereich aktiv zu werden (vgl. Art. 45 AlkG). Ihnen wird zum Zweck der Bekämpfung des Alkoholismus von der Eidgenössischen Alkoholverwaltung (EAV) der sog. Alkoholzehntel

¹⁵² Bier wird nach dem Bundesgesetz vom 6. Oktober 2006 über die Biersteuer (Biersteuergesetz, BStG; SR 641.411) jedoch ebenfalls besteuert.

ausbezahlt (Art. 131 Abs. 3 BV, Art. 43a Abs. 3 AlkG). Sie sind zur jährlichen Berichterstattung an den Bundesrat verpflichtet (Art. 45 Abs. 2 AlkG).

Dieser kurze Überblick über die Regelungsgegenstände des Alkoholgesetzes macht deutlich, dass das Alkoholgesetz vielfältige Instrumente zur Bekämpfung des Alkoholismus vorsieht. Da es trotz mehrerer Teilrevisionen den heutigen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Realitäten nicht mehr recht entspricht, soll es nun jedoch totalrevidiert bzw. in ein Spirituosensteuer- und ein Alkoholhandelsgesetz aufgeteilt werden (siehe dazu sogleich III.2.).

b) Lebensmittelrecht

Wie oben (0.0.0 bereits erwähnt, ist in Bezug auf den Alkohol insbesondere auch das Lebensmittelrecht zu beachten, insbesondere die Verordnung des EDI über alkoholische Getränke¹⁵³, welche gestützt auf die Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung¹⁵⁴ erlassen worden ist. Anders als beim Alkoholgesetz fallen nicht nur gebrannte Wasser (Spirituosen), sondern auch Wein, saurer Most, Bier und die «übrigen» alkoholischen Getränke unter den Anwendungsbereich dieser Verordnung. Sie legt die Anforderungen an diese Getränke fest und regelt deren Kennzeichnung und Anpreisung (Art. 1 AlkG). Dabei geht es in erster Linie darum, *direkte Gesundheitsgefährdungen durch den Konsum* bestimmter Produkte zu verhindern.

Ein weiteres Anliegen, das mit dieser Verordnung verfolgt wird, bildet der *Jugendschutz*. Art. 4 AlkG enthält ein Verbot von Werbung für alkoholische Getränke, die sich speziell an Jugendliche unter 18 Jahren richtet und ein Verbot von Werbung an bestimmten Örtlichkeiten und Veranstaltungen, in bestimmten Publikationen und auf bestimmten Gegenständen. Diese Bestimmung entspricht Art. 18 der Tabakverordnung¹⁵⁵. Art. 11 LGV enthält

¹⁵³ Verordnung des EDI vom 23. November 2005 über alkoholische Getränke (SR 817.022.110).

¹⁵⁴ Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 23. November 2005 (LGV; SR 817.02).

¹⁵⁵ Verordnung vom 27. Oktober 2004 über Tabakerzeugnisse und Raucherwaren mit Tabakersatzstoffen (Tabakverordnung, TabV; SR 817.06).

zudem Abgabe- und Anpreisungsbeschränkungen für alkoholische Getränke in Bezug auf Jugendliche unter 16 bzw. 18 Jahren.

Art. 10 LGV verbietet bei alkoholischen Getränken überdies Angaben, die sich in irgendeiner Weise auf die Gesundheit beziehen (Abs. 2 lit. g).

c) Werbung in Radio und Fernsehen

Art. 10 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen¹⁵⁶ enthält ein grundsätzliches Werbeverbot für alkoholische Getränke, die dem Alkoholgesetz unterstehen. Zum Schutz der Gesundheit und der Jugend hat der Bundesrat in Art. 16 der Radio- und Fernsehverordnung¹⁵⁷ zudem weitere Werbeeinschränkungen erlassen.

d) Weitere Regelungen

Es gibt im Bundesrecht weitere Regelungen, die den Alkohol zum Gegenstand haben. So verbietet beispielsweise Art. 11 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das *Reisengewerbe*¹⁵⁸ den Vertrieb von alkoholhaltigen Getränken durch Reisende. Weiter halten Art. 6 Abs. 2 und Art. 7 Abs. 4 der *Nationalstrassenverordnung*¹⁵⁹ fest, dass in Raststätten und auf Rastplätzen kein Alkohol ausgeschenkt oder verkauft werden darf. Bei Letzteren geht es jedoch nicht primär um gesundheitspolizeiliche Überlegungen, sondern um die Sicherheit im Strassenverkehr.

Daneben bestehen kantonale Regelungen, die zum Teil weiter gehen als das Bundesrecht. So ist z.B. im *Kanton Zürich* die Plakatwerbung oder andere weiträumig wahrnehmbare Werbung für Alkohol auf öffentlichem Grund und in öffentlichen Gebäuden grundsätzlich verboten, d.h. nicht nur dann, wenn sie sich an Jugendliche richtet.¹⁶⁰ Seit dem 1. Januar 2012 ist im Kanton

¹⁵⁶ Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG; SR 784.40).

¹⁵⁷ Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 (RTVV; SR 784.401).

¹⁵⁸ Bundesgesetz vom 23. März 2001 über das Gewerbe der Reisenden (SR 943.1).

¹⁵⁹ Nationalstrassenverordnung vom 7. November 2007 (NSV; SR 725.111).

¹⁶⁰ § 48 Abs. 2 des Gesundheitsgesetzes vom 2. April 2007 (GesG; LS 810.1).

Zürich zudem eine Bestimmung in Kraft, welche dem Kanton und den Gemeinden die Möglichkeit einräumt, die Einhaltung des Abgabeverbotes an Jugendliche – welches sowohl im Bundes- als auch im kantonalen Recht vorgesehen ist¹⁶¹ – durch Testkäufe zu kontrollieren (§ 48 Abs. 7 GesG). Diese Möglichkeit soll nun auch auf Bundesebene durch das neue Alkoholhandelsgesetz eingeführt werden (siehe dazu sogleich III.2.b).

2. Totalrevision bzw. Aufspaltung in ein Spirituosensteuergesetz und ein Alkoholhandelsgesetz

Durch die Totalrevision des Alkoholgesetzes (Geschäfts-Nr. 12.020) sollen die primär fiskalischen und die primär präventiven Aspekte getrennt voneinander in zwei verschiedenen Erlassen geregelt werden: im Spirituosensteuergesetz (SpStG) und im Alkoholhandelsgesetz (AlkHG). Beide Gesetze sollen – anders als das geltende Alkoholgesetz – nicht nur für Spirituosen, sondern für alle alkoholischen Getränke gelten.¹⁶²

a) Spirituosensteuergesetz

Mit dem Spirituosensteuergesetz sollen drei Bundesmonopole und 41 von 43 Bewilligungen abgeschafft werden.¹⁶³ Zudem soll die Zahl der Steuerpflichtigen massiv reduziert werden, ohne dabei auf Steuereinnahmen verzichten zu müssen. Das Spirituosensteuergesetz regelt aber nicht nur die Erhebung von Steuern auf Spirituosen und Ethanol, sondern auch die Voraussetzungen für deren Herstellung, Ein- und Ausfuhr, Be- und Verarbeitung, Lagerung und Verwendung (Art. 1 E-SpStG¹⁶⁴). Auch wenn diese Regelungen durch die steuerliche Belastung zur Verminderung des Alkoholkonsums

¹⁶¹ Art. 11 LGV, Art. 4 Abs. 1 lit. f der Verordnung des EDI über alkoholische Getränke, § 48 Abs. 6 GesG.

¹⁶² Siehe zum Begriff des alkoholischen Getränks Art. 3 lit. a E-AlkHG. Vgl. auch Art. 2 E-SpStG.

¹⁶³ Botschaft des Bundesrates vom 25. Januar 2012 zur Totalrevision des Alkoholgesetzes (Spirituosensteuergesetz und Alkoholhandelsgesetz), BBl 2012 1315, S. 1316.

¹⁶⁴ BBl 2012 1467.

beitragen (sollen), dient das Gesetz nicht primär diesem Ziel. Die Verminderung des problematischen Alkoholkonsums und der Jugendschutz ist vielmehr Zweck des Alkoholhandelsgesetzes (vgl. dessen Art. 1), weshalb es im Folgenden näher betrachtet werden soll.

b) Alkoholhandelsgesetz

Wie soeben erwähnt soll das Alkoholhandelsgesetz den Handel mit alkoholischen Getränken regeln mit dem Zweck, «den problematischen Alkoholkonsum und die Schäden, die dadurch verursacht werden können, zu vermindern» (Art. 1 lit. a des Entwurfs¹⁶⁵) und «insbesondere die Jugend zu schützen» (lit. b). Es regelt die Werbung für alkoholische Getränke (unter Vorbehalt der Werbevorschriften des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen) sowie den Ausschank und den Detailhandel (Art. 2 des Entwurfs).¹⁶⁶ Mit diesem Gesetz soll insbesondere die gesetzliche Grundlage für die Einführung eines «speziellen Nachtregimes»¹⁶⁷, d.h. ein *Verkaufsverbot zwischen 22 Uhr und 6 Uhr* (Art. 10 des Entwurfs), und für die *Durchführung von Testkäufen* (Art. 13 des Entwurfs) geschaffen werden.

Der Ständerat hat die Vorlage am 20. März 2013 beraten und dem Entwurf des Bundesrates mehrheitlich zugestimmt, insbesondere auch dem Nachtverkaufsverbot und den Testkäufen. Mit 19 zu 18 Stimmen hat der Rat zudem einen neuen Art. 8a AlkHG beschlossen, der die *Einführung eines alkoholgehaltabhängigen Mindestpreises* vorsieht.¹⁶⁸ Dieser Mindestpreis soll vom Bundesrat festgelegt werden, wobei der Schutz der öffentlichen Gesundheit massgeblich sein soll, «namentlich der Schutz der Risikokonsumentinnen und -konsumenten». Gestrichen hat der Ständerat das in Art. 10 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a AlkHG vorgesehene *Verbot von Zugaben und anderen Vergünsti-*

¹⁶⁵ BBl 2012 1493.

¹⁶⁶ Die Bestimmungen im Lebensmittelverordnungsrecht (siehe oben 0.0.0) dürften durch Art. 5 AlkHG über die Werbung für alkoholische Getränke ersetzt werden.

¹⁶⁷ MICHAEL BEUSCH, «Massnahmen zur Verminderung des Verbrauchs gebrannter Wasser zu Trinkzwecken» – eine Auslegeordnung, Jusletter 28. Januar 2013, Rz. 27.

¹⁶⁸ AB 2013 S 285 ff.

gungen auf Spirituosen und die übrigen alkoholischen Getränke, worunter z.B. die sog. «Happy Hours» fallen würden. Massgeblich war dabei die Überlegung, dass in der Praxis mit Vollzugsproblemen und Abgrenzungsfragen zu rechnen wäre.¹⁶⁹

Die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates war jedoch in diesen Punkten – ausser bezüglich der Ermöglichung von Testkäufen – anderer Meinung als der Ständerat. Sie lehnte ein Nachtverkaufsverbot im Detailhandel ebenso wie das «Happy Hour»-Verbot ab und sprach sich auch gegen gesetzliche Mindestpreise aus.¹⁷⁰ Ein Grund dafür ist, dass die Mehrheit der Kommissionsmitglieder die Wirksamkeit dieser Massnahmen bezweifelt. Zum anderen werden aber auch die Einschränkungen für die inländische Wirtschaft als nicht gerechtfertigt betrachtet. Der Nationalrat ist am 18. September 2013 nach einer langen Debatte auf die Vorlage eingetreten. Es wurden drei Rückweisungsanträge gestellt, die jedoch allesamt deutlich abgelehnt wurden. Inhaltlich folgte der Rat am 19. September 2012 seiner Kommission und lehnte die bereits erwähnten, vom Bundesrat und dem Ständerat vorgeschlagenen Massnahmen mit Ausnahme der Testkäufe ab.¹⁷¹

c) Integration der Eidgenössischen Alkoholverwaltung in die Eidgenössische Zollverwaltung

Die Alkoholgesetzgebung wird in der Schweiz von der Eidgenössischen Alkoholverwaltung (EAV) umgesetzt (Art. 71 AlkG). Die EAV ist eine rechtlich verselbstständigte dezentrale Verwaltungseinheit des Eidgenössischen Finanzdepartements (siehe Anhang I zur RVOV¹⁷²). Im Zuge der Totalrevision des Alkoholgesetzes ist geplant, die EAV in die Eidgenössische Zollver-

¹⁶⁹ AB 2013 S 290.

¹⁷⁰ Medienmitteilung vom 13. August 2013, abrufbar unter http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20120020.

¹⁷¹ AB 2013 N 1522 ff.

¹⁷² Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV; SR 172.010.1). Siehe auch Art. 21 f. der Organisationsverordnung vom 17. Februar 2010 für das Eidgenössische Finanzdepartement (OV-EFD; SR 172.215.1).

waltung (EZV) zu integrieren.¹⁷³ Grund dafür ist, dass das Profitcenter der EAV «Alcosuisse», welches das Bundesmonopol auf den Import von Ethanol ausübt, privatisiert werden soll und der verbleibende Teil der EAV zu klein ist, um sie als eigenständige Organisationseinheit weiterzuführen.¹⁷⁴

IV. Schwerpunkt 2: Individualzwangsmassnahmen im Epidemienrecht

1. Einleitende Bemerkungen

Die Individualzwangsmassnahmen gehören zum *klassischen seuchenpolizeilichen Instrumentarium* und dienen neben der Verhütung der Weiterverbreitung auch der Diagnosestellung und der epidemiologischen Erforschung einer Krankheit. Im revidierten Epidemiengesetz wird unterschieden zwischen Massnahmen, die der *Verhütung* im eigentlichen Sinn und solchen, die der *Bekämpfung* übertragbarer Krankheiten dienen. Die Präventionsmassnahmen, zu denen insbesondere das viel diskutierte Impfblogatorium gehört,¹⁷⁵ sind im vierten Kapitel geregelt, die Massnahmen der Krankheitsbekämpfung im fünften.

Eigentlich kann bei der für obligatorisch erklärten *Impfung* nicht von einer Individualzwangsmassnahme gesprochen werden, da physischer Zwang praktisch ausgeschlossen ist. In den Medien war im Vorfeld der Referendumsabstimmung vom 22. September 2013 jedoch immer wieder von einem «Impfzwang» die Rede, weshalb das Impfblogatorium an dieser Stelle ebenfalls erläutert wird.

Die *Aufzählung* der Individualzwangsmassnahmen im Gesetz ist *abschliessend* und dient dem Schutz möglicher Betroffener. Den Kantonen verbleibt

¹⁷³ Medienmitteilung der EZV vom 24. Januar 2013, einsehbar unter <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=47555>. Siehe auch Botschaft Alkoholgesetz (Fn. 163), S. 1384.

¹⁷⁴ Botschaft Alkoholgesetz (Fn. 163), S. 1385.

¹⁷⁵ Präventiver Natur sind auch Regelungen über Sorgfalts- und Bewilligungspflichten im Umgang mit Krankheitserregern und über amtliche Kontrollen (geltende Art. 29 ff. EpG; vgl. den Abschnitt über die «Biologische Sicherheit» im revidierten Erlass). Es handelt sich dabei aber nicht um individuelle Zwangsmassnahmen.

kein Raum, in ihren Vollzugserlassen weitere Zwangsmassnahmen vorzusehen.

2. Das Impfblogatorium als Massnahme präventiver Natur (Art. 22 EpG)

a) Aktuelle Rechtslage

Nach geltendem Recht bestimmen die *Kantone*, ob eine bestimmte Impfung freiwillig oder obligatorisch ist (Art. 23 Abs. 2 EpG). Diese Möglichkeit besteht zum einen für übertragbare Krankheiten, die für die Bevölkerung eine *erhebliche Gefahr* bedeuten und die vom Bundesrat bezeichnet werden;¹⁷⁶ zum andern aber – im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Gesundheit – auch für *weitere Krankheiten* (Abs. 1). Die Entscheidung liegt also grundsätzlich bei den Kantonen (Kann-Bestimmung). Bei *ausserordentlichen Umständen* kann jedoch der Bund die notwendigen Massnahmen, also insbesondere auch Impfungen, für das ganze Land oder für einzelne Landesteile anordnen (Art. 10 Abs. 1 EpG).¹⁷⁷

Die meisten Kantone verfügen heute in ihrer Gesetzgebung über Bestimmungen zur Einführung eines Impfblogatoriums (durch die Exekutive), nur noch zwei Kantone (Genf und Neuenburg) kennen jedoch eine explizite Impfpflicht (auf Verordnungsstufe).¹⁷⁸ In beiden Kantonen richtet sich das Impfblogatorium gegen Diphtherie, es wird in Genf jedoch nur noch teilweise, in Neuenburg gar nicht mehr durchgesetzt.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Es handelt sich dabei um die Krankheiten Kinderlähmung und Tuberkulose (Verordnung vom 22. Dezember 1976 über die kostenlosen Impfungen; SR 818.138.1).

¹⁷⁷ Der Bundesrat hat von dieser Kompetenz gestützt auf die «Vorgängernorm» im Epidemiengesetz von 1886 in Kriegs- und Nachkriegssituationen Gebrauch gemacht, um die (heute als ausgerottet geltenden) Pocken zu bekämpfen (ANNA RÜEFLI, Impfzwang in den Kantonen, in: Sicherheit & Recht 2/2012, S. 114 ff., S. 115).

¹⁷⁸ RÜEFLI (Fn. 177), S. 117 f. RÜEFLI unterscheidet in Bezug auf diese Gesetzgebung vier Grundmodelle: (1) Kantone mit Impfzwang; (2) Kantone, welche die Schaffung eines Impfzwangs voraussetzungslos vorsehen; (3) Kantone, welche die Schaffung eines Impfzwangs unter mehr oder weniger strengen Voraussetzungen vorsehen und (4) Kantone ohne entsprechende gesetzliche Grundlage. Zur letzten Gruppe gehört z.B. der Kanton Zürich.

¹⁷⁹ RÜEFLI (Fn. 177), S. 118.

b) Künftige Rechtslage

Gemäss Art. 22 revEpG können die Kantone weiterhin Impfungen für obligatorisch erklären, sofern eine *erhebliche Gefahr* besteht.¹⁸⁰ Dieses Obligatorium kann jedoch nur für gefährdete Bevölkerungsgruppen, besonders exponierte Personen und Personen, die bestimmte Tätigkeiten ausüben, eingeführt werden. Diese Umschreibung des persönlichen Anwendungsbereiches ist als Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips zu verstehen.¹⁸¹ Zudem wurde die Möglichkeit der Kantone, darüber hinaus weitere Impfungen für obligatorisch zu erklären, gestrichen. Das ausdrückliche Erfordernis einer *erheblichen Gefahr* war im Entwurf nicht mehr vorgesehen.¹⁸² Es wurde von den eidgenössischen Räten im Rahmen der Beratung der Vorlage eingeführt (bzw. beibehalten).¹⁸³

Dem Bund wird aber nach wie vor die Möglichkeit eingeräumt, diese Massnahme an Stelle der Kantone anzuordnen. Neu soll er *bereits bei besonderen, nicht mehr erst bei ausserordentlichen Lagen* eingreifen können und zwar «nach Anhörung der Kantone» und nicht, wie im Entwurf vorgesehen, «nach Absprache mit den Kantonen» (Art. 6 Abs. 2 lit. d revEpG).¹⁸⁴ Der Begriff der besonderen Lage ist neu und wird in Art. 6 Abs. 1 EpG definiert. Danach liegt eine solche Lage vor, wenn:

¹⁸⁰ Für die Einschätzung der Gefährlichkeit ist die Bedeutung der Krankheit für die Allgemeinheit massgebend (MIKE SCHÜPBACH/PETER FORSTER/THOMAS ZELTNER, Krankheitsbekämpfung, in: Tomas Poledna/Ueli Kieser [Hrsg.], Gesundheitsrecht, SBVR Band VIII, Basel 2005, S. 191 ff., Rz. 45, mit Hinweis auf Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 11. Februar 1970 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen [Epidemiengesetz], BBl 1970 I 381, S. 418).

¹⁸¹ RÜEFLI (Fn. 177), S. 116.

¹⁸² BBl 2011 457, S. 464.

¹⁸³ AB 2012 S 391 f.; AB 2012 N 1281 ff.

¹⁸⁴ Siehe zu den normalen, besonderen und ausserordentlichen Lagen bereits GÄCHTER/BURCH (Fn. 1), S. 31 ff.

- a. die ordentlichen Vollzugsorgane nicht in der Lage sind, den Ausbruch und die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhüten und zu bekämpfen, und eine der folgenden Gefahren besteht:
 1. eine erhöhte Ansteckungs- und Ausbreitungsgefahr,
 2. eine besondere Gefährdung der öffentlichen Gesundheit,
 3. schwerwiegende Auswirkungen auf die Wirtschaft oder auf andere Lebensbereiche;
- b. die Weltgesundheitsorganisation (WHO) festgestellt hat, dass eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite besteht und durch diese in der Schweiz eine Gefährdung der öffentlichen Gesundheit droht.

Es wird deutlich, dass diese Bestimmung eine Ausweitung der Bundeskompetenzen gegenüber der geltenden Rechtslage mit sich bringt. Immerhin bleibt auch diese Kompetenz auf die erwähnten Personengruppen beschränkt. Dies ist insbesondere deshalb gerechtfertigt, weil ein Impfbobligatorium einen erheblichen Eingriff in die persönliche Freiheit darstellt.¹⁸⁵ Daneben können auch die Glaubens- und Gewissensfreiheit, das Rechtsgleichheitsgebot, das Diskriminierungs- und das Willkürverbot und Teilgehalte des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens betroffen sein.¹⁸⁶ Der Wortlaut ist jedoch derart offen formuliert, dass sich die einschränkenden Voraussetzungen in der Praxis kaum limitierend auswirken dürften. Letztlich ist entscheidend, wie das generell für staatliches Handeln geltende Verhältnismässigkeitsprinzip im konkreten Fall gehandhabt wird (Art. 5 und 36 BV). Die Verhältnismässigkeit von Art. 23 Abs. 2 EpG ist in der jüngeren Vergangenheit kontrovers diskutiert worden.¹⁸⁷ Angesichts der Schwere des

¹⁸⁵ Siehe auch Botschaft vom 3. Dezember 2010 zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG), BBl 2011 311 (nachfolgend: Botschaft EpG), S. 380.

¹⁸⁶ RÜEFLI (Fn. 177), S. 116.

¹⁸⁷ RÜEFLI (Fn. 177), S. 114, mit Hinweis auf THOMAS GÄCHTER/SARA LÓPEZ, Entwurf zu einer Totalrevision des Epidemiengesetzes, in: Sicherheit & Recht 2/2011, S. 118 ff., S. 120 f.; THOMAS GÄCHTER/IRENE VOLLENWEIDER, Gesundheitsrecht, Ein Grundriss für Studium und Praxis, 2. Aufl., Basel 2010, Rz. 337; HARDY LANDOLT, Grundlagen des

Eingriffs wäre es ratsam gewesen, in Art. 22 revEpG zu definieren, wie gross die Gefährdung sein muss, damit zum Mittel des Impfbobligatoriums gegriffen werden kann.¹⁸⁸ Für die Kompetenz des Bundes kann diesbezüglich auf Art. 6 Abs. 1 revEpG verwiesen werden, wo die besondere Lage definiert wird. Es bleibt abzuwarten, ob das Erfordernis der «erheblichen Gefahr» in den (bestehenden) kantonalen Regelungen in analoger Weise umschrieben wird. Heute ist die Anordnung eines Impfbobligatoriums in einigen Kantonen voraussetzungslos möglich.¹⁸⁹

Die Kompetenz des Bundesrates zur Anordnung eines Impfbobligatoriums war im Vorentwurf dieser Gesetzesvorlage noch nicht vorgesehen.¹⁹⁰ Nach seiner Publikation im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens ist aber unter dem Eindruck der nach der Jahrtausendwende weltweit aufgetretenen Epidemien wie SARS, Vogel- und Schweinegrippe und der nach wie vor virulenten Masern-Epidemie offenbar ein Gesinnungswandel eingetreten.¹⁹¹

c) Rechtliche Pflicht, aber kein behördlicher Zwang

Wie bereits erwähnt ist in Bezug auf die Impfung physischer Zwang praktisch ausgeschlossen. Das ergibt sich im revidierten Gesetz aus Art. 32 revEpG *e contrario*, wonach die zuständigen kantonalen Behörden die von ihnen angeordnete medizinische Überwachung, Quarantäne, Absonderung oder ärztliche Untersuchung zwangsweise durchsetzen können. Die Impfung fehlt in dieser Aufzählung, ebenso das Tätigkeits- oder Berufsverbot und die ärztliche Behandlung. Daraus ist zu schliessen, dass in diesen nicht erwähnten Fällen die zwangsweise Durchsetzung nicht zulässig ist. Der in den Medien und in der juristischen Fachliteratur, nicht aber im Gesetz ver-

Impfrechts, Unter besonderer Berücksichtigung der Haftung für Infektionsschäden, in: AJP 3/2004, S. 281 f.; ROGER RUDOLPH, Pandemie und Impfbobligatorium für das Gesundheitspersonal, Dargestellt am Beispiel der Pandemischen Grippe H1N1 2009 («Schweinegrippe»), in: ARV 1/2010, 4, 9 f.; Botschaft EpG (Fn. 185), S. 379.

¹⁸⁸ Vgl. GÄCHTER/VOLLENWEIDER (Fn. 187), Rz. 338.

¹⁸⁹ Siehe dazu im Einzelnen RÜEFLI (Fn. 177), S. 120 ff.

¹⁹⁰ Der Vorentwurf ist abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2007.html>.

¹⁹¹ GÄCHTER/VOLLENWEIDER (Fn. 187), Rz. 334.

wendete Ausdruck des «Impfzwangs» ist lediglich im Sinne einer rechtlichen Verpflichtung zu verstehen.¹⁹²

3. Individualzwangsmassnahmen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten

a) Stufenfolge

Ausgehend von der unterschiedlichen Intensität der Massnahmen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten sieht das Gesetz eine Stufenfolge vor, wobei im konkreten Fall *immer das mildeste Mittel zu wählen* ist, d.h. jenes, welches die Rechte der betroffenen Person am wenigsten einschränkt.¹⁹³ Die Stufenfolge kann nicht eindeutig festgelegt werden. Sie richtet sich insbesondere nicht nach der Reihenfolge der Bestimmungen im Gesetz. Fest steht jedoch, dass die medizinische Überwachung (Art. 34 EpG) die mildeste Massnahme ist, die ärztliche Behandlung (Art. 37 EpG) und die Quarantäne und Absonderung (Art. 35 EpG) sind die schärfsten. Die ärztliche Untersuchung (Art. 36 EpG) und das Berufsausübungs- oder Tätigkeitsverbot (Art. 38 EpG) liegen in Bezug auf den Intensitätsgrad dazwischen. Die Identifizierung und Benachrichtigung (Art. 33 EpG) scheint ausserhalb der Stufenfolge zu stehen bzw. die eigentlichen Massnahmen erst zu ermöglichen.

b) Persönlicher Anwendungsbereich

Im geltenden Epidemiengesetz wird die allgemeine Tatbestandsvoraussetzung des betroffenen Personenkreises in Art. 15 Abs. 2 EpG umschrieben; die nachfolgenden Bestimmungen verweisen jeweils auf diesen Absatz. Im revidierten Epidemiengesetz wird der persönliche Geltungsbereich in den einzelnen Bestimmungen festgelegt (bzw. wiederholt). Es handelt sich in allen Fällen um kranke, krankheitsverdächtige, angesteckte oder ansteckungsverdächtige Personen oder um Personen, die Krankheitserreger ausscheidet. Art. 15 Abs. 2 lit. a EpG enthielt zusätzlich die Kategorie der Aus-

¹⁹² RUDOLPH (Fn. 187), S. 10.

¹⁹³ Botschaft EpG (Fn. 185), S. 385.

scheidungsverdächtigen. Neu werden nur noch Personen erfasst, die tatsächlich Krankheitserreger ausscheiden.

c) Medizinische Überwachung (Art. 34 EpG)

Die mildeste Massnahme ist wie bereits erwähnt die medizinische Überwachung nach Art. 34 revEpG, weil sie die persönliche Freiheit bzw. die Bewegungsfreiheit nur leicht einschränkt.¹⁹⁴ Diese Bestimmung entspricht grundsätzlich dem geltenden Art. 15 EpG, es handelt sich jedoch neu um eine Kann-Bestimmung.

Gemäss Art. 34 Abs. 1 revEpG kann eine Person, die krank, krankheitsverdächtig, angesteckt oder ansteckungsverdächtig ist oder Krankheitserreger ausscheidet, einer medizinischen Überwachung unterstellt werden. Konkret bedeutet die medizinische Überwachung, sich während einer bestimmten Zeit regelmässig oder beim Auftreten von Krankheitssymptomen ärztlich untersuchen zu lassen oder eine Veränderung dieser Symptome dem Arzt oder der Ärztin zu melden.¹⁹⁵ Gemäss Art. 34 Abs. 2 revEpG ist die betroffene Person verpflichtet, der zuständigen Ärztin oder dem zuständigen Arzt Auskunft über ihren Gesundheitszustand und über ihre Kontakte zu anderen Personen zu geben. Diese explizite Kooperationspflicht ist eine Neuerung gegenüber Art. 15 EpG. Sie setzt eine entsprechende behördliche Anordnung voraus.¹⁹⁶ Neben der Diagnose- und der Präventionsfunktion erfüllt die medizinische Überwachung auch eine epidemiologische Funktion im Sinne der Beobachtung der betreffenden übertragbaren Krankheit, um allgemeine Erkenntnisse für die Optimierung der Bekämpfung dieser Krankheit zu gewinnen.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Botschaft EpG (Fn. 185), S. 385 und 388.

¹⁹⁵ Botschaft EpG (Fn. 185), S. 388.

¹⁹⁶ Botschaft EpG (Fn. 185), S. 388.

¹⁹⁷ Siehe dazu im Einzelnen MÜLLER MARKUS, Zwangsmassnahmen als Instrument der Krankheitsbekämpfung, Diss. Bern 1991, Basel 1992, S. 229 ff.

d) Ärztliche Untersuchung (Art. 36 EpG)

Als Individualzwangsmassnahme ist auch die in Art. 36 EpG geregelte ärztliche Untersuchung einzustufen. Gemäss dieser Bestimmung kann eine Person verpflichtet werden, sich ärztlich untersuchen und Proben nehmen zu lassen, wenn sie krank, krankheitsverdächtig, angesteckt oder ansteckungsverdächtig ist oder Krankheitserreger ausscheidet. Diese Bestimmung entspricht dem geltenden Art. 17 i.V.m. Art. 15 Abs. 2 EpG.

Die ärztliche Untersuchung dient einerseits dazu, die Notwendigkeit der Anordnung anderer Massnahmen zu ermitteln (Quarantäne, Absonderung oder Tätigkeitsverbot), kann andererseits aber auch Teil einer medizinischen Überwachung sein.¹⁹⁸ In der Botschaft hat der Bundesrat betont, dass die ärztliche Untersuchung eine Individualmassnahme darstellt und umfangreiche Untersuchungen ganzer Bevölkerungsgruppen nicht (bzw. nur mit Zustimmung nach vorgängiger Aufklärung der Testpersonen) zulässig seien.

Die ärztliche Untersuchung im Hinblick auf die Feststellung einer übertragbaren Krankheit bedeutet einen Eingriff in die Bewegungsfreiheit und in die körperliche Integrität.¹⁹⁹ Die Intensität der Grundrechtsbeschränkung hängt von der konkreten, krankheitsspezifischen Ausgestaltung der Untersuchung im Einzelfall ab, dürfte in der Regel aber geringfügig sein.²⁰⁰ Dies gilt insbesondere bezüglich der Bewegungsfreiheit, weil sich die Einschränkung auf die Dauer des Aufenthalts beim Arzt beschränkt.²⁰¹ Betroffen sind jedoch auch die psychische Integrität und das Selbstbestimmungsrecht der betreffenden Person (Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Recht auf Nichtinformation).²⁰² Die Diagnose einer schweren, unheilbaren Krankheit kann zu existentiellen Persönlichkeitskrisen führen.²⁰³

¹⁹⁸ Botschaft EpG (Fn. 185), S. 389. In Ausnahmefällen könne sie auch als eigenständige Massnahme angeordnet werden.

¹⁹⁹ Botschaft EpG (Fn. 185), S. 390; MÜLLER (Fn. 197), S. 210.

²⁰⁰ MÜLLER (Fn. 197), S. 210 ff.

²⁰¹ MÜLLER (Fn. 197), S. 210.

²⁰² MÜLLER (Fn. 197), S. 212 ff.

²⁰³ MÜLLER (Fn. 197), S. 214.

e) Tätigkeits- oder Berufsverbot (Art. 38 EpG)

Art. 38 Abs. 1 revEpG sieht vor, dass einer Person, die krank, krankheitsverdächtig, angesteckt oder ansteckungsverdächtig ist oder Krankheitserreger ausscheidet, die Ausübung bestimmter Tätigkeiten oder ihres Berufs ganz oder teilweise untersagt werden kann. Zudem kann sie verpflichtet werden, einen Wechsel des Wohnkantons, ihrer Tätigkeit oder Berufsausübung der zuständigen kantonalen Behörde unverzüglich zu melden. Dieses Tätigkeits- oder Berufsverbot ist im geltenden Gesetz in Art. 19 Abs. 2 EpG geregelt. Gemäss Art. 19 Abs. 1 EpG können die Kantone von Personen, die bestimmte Tätigkeiten oder Berufe ausüben, in regelmässigen Abständen den Nachweis verlangen, dass sie keine Krankheitserreger ausscheiden und – wenn besondere Umstände es rechtfertigen – jederzeit eine ärztliche Untersuchung dieser Personen anordnen. Diese Regelung wurde im revidierten Epidemiengesetz nicht übernommen. Das Gleiche gilt für die Meldung eines Wegzugs an das Bundesamt für Gesundheit (Abs. 2).

Zweck dieser Massnahme ist es, «eine (potenziell) ansteckungsfähige Person von jenen Lebensbereichen zu isolieren, in denen ihre Anwesenheit, verbunden mit einer spezifischen Tätigkeit, zu einer erheblichen Gesundheitsgefahr für weitere Personen führen kann».²⁰⁴ Das ist insbesondere dann der Fall, wenn eine Person im Lebensmittel-, Erziehungs- oder Pflegebereich tätig ist.

Diese Massnahme ist aufgrund ihrer geringeren Eingriffsintensität – betroffen sind die Grundrechte der persönlichen Freiheit und der Wirtschaftsfreiheit – einer Quarantäne oder Absonderung vorzuziehen.²⁰⁵ Letztere dürften jedoch insbesondere dann in Betracht fallen, wenn sich die betreffende Person nicht an das Verbot hält. Das Tätigkeits- oder Berufsverbot kann gemäss Art. 32 revEpG *e contrario* nicht zwangsweise durchgesetzt werden, die Quarantäne und Absonderung hingegen schon.

²⁰⁴ Botschaft EpG (Fn. 185), S. 390.

²⁰⁵ Botschaft EpG (Fn. 185), S. 391.

f) Ärztliche Behandlung (Art. 37 EpG)

Das geltende Epidemiengesetz enthält keine Bestimmung, welche die ärztliche Behandlung explizit thematisiert. Für eine effektive Krankheitsbekämpfung ist es jedoch notwendig, die ärztliche Behandlung im Gesetz vorzusehen.²⁰⁶ In Art. 37 revEpG heisst es schlicht, dass eine Person, die krank, krankheitsverdächtig, angesteckt oder ansteckungsverdächtig ist oder Krankheitserreger ausscheidet, verpflichtet werden kann, sich ärztlich behandeln zu lassen. Gemäss Botschaft des Bundesrates soll eine ärztliche Behandlung aber nur unter restriktiven Voraussetzungen zulässig sein, nämlich dann, wenn sie erstens zu einer Verbesserung des Gesundheitszustandes oder zur Heilung führt oder eine Verschlimmerung verhindert und wenn sie zweitens geeignet ist, das Ansteckungspotential einer Person zu verringern.²⁰⁷

Die ärztliche Behandlung führt regelmässig je nach Behandlungsmethode zu mehr oder weniger schweren Eingriffen in die persönliche Freiheit. Falls eine Person eine Behandlung jedoch verweigert, darf kein physischer Zwang angewendet werden (Art. 32 revEpG *e contrario*).²⁰⁸

g) Quarantäne und Absonderung (Art. 35 EpG)

Es handelt sich sowohl bei der Quarantäne als auch bei der Absonderung um die Isolierung einer Person, um die weitere Übertragung eines bestimmten Krankheitserregers zu verhindern. Es wird jedoch begrifflich danach unterschieden, ob es sich um bereits angesteckte, kranke oder Krankheitserreger ausscheidende Personen handelt (Absonderung) oder erst ein entsprechender Verdacht besteht (Quarantäne).²⁰⁹ Die Quarantäne dauert so lange wie die maximale Dauer der Inkubationszeit, d.h. die Zeit, in der ein Erkrankungsrisiko besteht. Im geltenden Epidemiengesetz ist im entsprechen-

²⁰⁶ Botschaft EpG (Fn. 185), S. 390.

²⁰⁷ Botschaft EpG (Fn. 185), S. 390.

²⁰⁸ Botschaft EpG (Fn. 185), S. 390.

²⁰⁹ Botschaft EpG (Fn. 185), S. 388 (siehe auch S. 452 und 454).

den Art. 16 nur von der Absonderung die Rede. Der Begriff der Quarantäne fand noch keine Verwendung.²¹⁰

Art. 35 Abs. 1 revEpG hält ausdrücklich fest, dass diese Massnahme erst dann angeordnet werden darf, wenn die medizinische Überwachung nicht genügt. Grundsätzlich bleibt die betroffene Person zu Hause.²¹¹ Sie wird nur «wenn nötig» in ein Spital oder in eine andere geeignete Institution eingewiesen (Abs. 2). Die Bestimmung entspricht in Bezug auf die Tatbestandsvoraussetzungen dem geltenden Art. 16 EpG.

Quarantäne und Absonderung bedeuten eine weitgehende Einschränkung der persönlichen Freiheit, insbesondere der Bewegungsfreiheit.²¹² Gemäss Botschaft des Bundesrates sind vor der Anordnung einer Quarantäne oder Absonderung die in einem Entscheid des EGMR festgehaltenen Grundsätze zu beachten.²¹³ Es handelt sich dabei im Wesentlichen um das Vorliegen einer hinreichend geklärten Faktenlage, eines öffentlichen Interesses (öffentliche Gesundheit) und um den Verhältnismässigkeitsgrundsatz. Wenn die Behörde jedoch nach Prüfung dieser Kriterien zum Schluss kommt, dass eine solche Massnahme notwendig und zulässig ist, darf sie diese mit Zwangsmitteln durchsetzen (Art. 32 revEpG).

h) Ermessensspielraum der Behörden

Es handelt sich bei den Art. 34–38 revEpG um Kann-Bestimmungen, die den zuständigen (kantonalen) Behörden einen Ermessensspielraum einräumen. Im geltenden Epidemiengesetz ist dies anders. Der Behörde steht grundsätzlich nur ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Subsumtion des konkreten Sachverhalts unter die Tatbestände zu. Lediglich bei Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EpG ist von einem eigentlichen Ermessensspielraum auszugehen.

²¹⁰ HARDY LANDOLT verwendet diesen Begriff jedoch im Zusammenhang mit Art. 21 EpG über die Massnahmen gegenüber der Allgemeinheit (LANDOLT [Fn. 187], S. 281).

²¹¹ Botschaft EpG (Fn. 185), S. 389.

²¹² Botschaft EpG (Fn. 185), S. 388.

²¹³ Botschaft EpG (Fn. 185), S. 388.

i) Zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit

Art. 15 Abs. 1 und Art. 17 EpG enthalten die Einschränkung, dass diese Massnahmen nur angeordnet werden dürfen, «wenn die Verhütung der Weiterverbreitung dies erfordert» bzw. «sofern dies zur Verhütung der Weiterverbreitung einer übertragbaren Krankheit nötig ist». Art. 16 EpG über die Absonderung hält fest, dass diese Massnahme nur zum Zug kommt, «wenn die ärztliche Überwachung nicht genügt». Es wurde also in den einzelnen Bestimmungen auf das Verhältnismässigkeitsprinzip verwiesen. Im revidierten Epidemiengesetz fehlen diese (ausdrücklichen) einschränkenden Tatbestandsvoraussetzungen bei den einzelnen Massnahmen. Darüber hinaus wird die Verhältnismässigkeit neu in allgemeiner Weise in Art. 30 revEpG geregelt. Zudem wird neu in Art. 31 Abs. 4 revEpG festgehalten, dass die angeordneten Massnahmen nur so lange dauern dürfen, wie es notwendig ist, um die Verbreitung einer übertragbaren Krankheit zu verhindern und um eine ernsthafte Gefahr für die Gesundheit Dritter abzuwenden.

j) Zwangsweise Durchsetzung der Massnahmen und Strafbestimmungen

Die medizinische Überwachung, die ärztliche Untersuchung, die Quarantäne und die Absonderungen können von den zuständigen kantonalen Behörden zwangsweise durchgesetzt werden (Art. 32 revEpG). Wer sich diesen Massnahmen vorsätzlich entzieht, wird zudem mit *Busse* bestraft (Art. 83 Abs. 1 lit. g–i revEpG).²¹⁴

Es ist wichtig zu betonen, dass insbesondere der involvierte Arzt keine Befugnis zur Einsetzung von Zwangsmitteln hat.²¹⁵ Es gilt das Zwangsmonopol des Staates. Zuständig sind die in den kantonalen Vollzugserlassen bestimmten behördlichen Akteure.²¹⁶ In der Botschaft zum revidierten Epidemiengesetz hält der Bundesrat zudem fest, dass es für die Befugnis zur zwangsweisen Durchsetzung keiner besonderen gesetzlichen Grundlage

²¹⁴ Auch die fahrlässige Entziehung wird mit Busse bis zu CHF 5'000 geahndet (Art. 83 Abs. 2 revEpG).

²¹⁵ Botschaft EpG (Fn. 185), S. 391.

²¹⁶ Botschaft EpG (Fn. 185), S. 434.

bedurft hätte, weil bereits das allgemeine Verwaltungsrecht vorsehe, dass die in einer Verfügung festgesetzten Pflichten zwangsweise vollstreckt werden können.²¹⁷ Durch die Aufzählung soll jedoch verdeutlicht werden, dass nicht alle vorgesehenen Massnahmen zwangsweise durchgesetzt werden können.

Nicht mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden können die ärztliche Behandlung und das Tätigkeits- oder Berufsverbot.²¹⁸ Die Zwangsmedikation ist also z.B. nicht erlaubt. Wer dem Tätigkeits- oder Berufsverbot zuwiderhandelt, kann jedoch mit *Freiheitsstrafe* bis zu drei Jahren oder mit *Geldstrafe* bestraft werden (Art. 82 revEpG).

V. Schwerpunkt 3: Zulassungsstopp in der Krankenversicherung²¹⁹

Anders als beim «Zulassungsstopp», der bis Ende 2011 galt, sind nicht mehr Ärzte und Ärztinnen mit bestimmten Weiterbildungstiteln vom Bedürfnisnachweis ausgenommen, wenn sie eine Tätigkeit zulasten der obligatorischen Krankenversicherung aufnehmen wollen. Vielmehr sind es in der aktuellen Regelung Personen, die mindestens drei Jahre an einer anerkannten schweizerischen Weiterbildungsstätte gearbeitet haben (Art. 55a Abs. 2 KVG).²²⁰ Nachfolgend wird die Entwicklung der bisherigen Zulassungsbeschränkungen aufgezeigt und auf die Problematik der jüngsten Regelung eingegangen. Es ist insbesondere umstritten, ob die Anknüpfung an das Kriterium der Tätigkeit an einer schweizerischen Weiterbildungsstätte mit dem Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU vereinbar ist.

²¹⁷ Botschaft EpG (Fn. 185), S. 387.

²¹⁸ Botschaft EpG (Fn. 185), S. 390.

²¹⁹ Die folgenden Ausführungen (Schwerpunkt 3, Zulassungsstopp in der Krankenversicherung) wurden aus Gründen der Aktualität bereits vorab in einer elektronischen Zeitschrift publiziert. Siehe THOMAS GÄCHTER/STEPHANIE BURCH, «Zulassungsstopp» in der Krankenversicherung. Zur erneuten Einschränkung der Zulassung zur Tätigkeit zulasten der Krankenversicherung (Art. 55a KVG), in: *hill* (Zeitschrift für Recht und Gesundheit) 2013, Nr. 123 (www.hilljournal.ch).

²²⁰ Zudem fallen Apotheker und Apothekerinnen nicht mehr unter den Zulassungsstopp.

1. Motive für den Zulassungsstopp

Art. 55a KVG ist im Abschnitt über die ausserordentlichen Massnahmen zur *Eindämmung der Kostenentwicklung* angesiedelt. Konkreter Anlass für die erste Einführung eines Zulassungsstopps im Jahr 2002 war die *Befürchtung einer «Ärztenschwemme»* aufgrund der Inkraftsetzung des Freizügigkeitsabkommens mit der EU und ihren Mitgliedstaaten²²¹ (sowie mit den EFTA-Staaten²²²). Befürchtet wurde eine mit der Zuwanderung von Leistungserbringern verbundene Kostensteigerung in der Krankenversicherung, weil jede neu eröffnete Praxis erhebliche Zusatzkosten verursacht.²²³

Die bedarfsabhängige Zulassung war ursprünglich *als Übergangslösung gedacht* und hätte durch langfristige, strukturelle Massnahmen abgelöst werden sollen.²²⁴ Entsprechende Hoffnungen wurden in die Einführung der Vertragsfreiheit und in die Managed Care-Vorlage gesetzt. Der Zulassungsstopp lief – nachdem er dreimal verlängert und auch modifiziert worden war²²⁵ – Ende 2011 aus. Beide Konzepte – Zulassungsstopp und Managed Care – sind jedoch bekanntlich gescheitert.²²⁶ Seit Anfang 2012 verfügte der Bund über kein Mittel mehr, um die Zulassung von Ärzten zu steuern. Die Zahl der Gesuche um Zahlstellennummern hat sich in der Folge mehr als verdoppelt.²²⁷

²²¹ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (mit Anhängen, Prot. und Schlussakte, FZA; SR 0.142.112.681).

²²² Übereinkommen vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA; SR 0.632.31), für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Juni 2002.

²²³ Botschaft vom 21. November 2012 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Vorübergehende Wiedereinführung der bedarfsabhängigen Zulassung), BBl 2012 9439, S. 9440 f.

²²⁴ AB 2013 N 64 (Votum Humbel).

²²⁵ AS 2005 2353, 2008 3165 und 2009 5339.

²²⁶ Die Vertragsfreiheit bereits im Nationalrat (AB 2010 N 1047 ff.), die Managed Care-Vorlage in der Referendumsabstimmung vom 17. Juni 2012 (BBl 2012 7685).

²²⁷ AB 2013 N 64 (Votum Humbel).

Grundsätzlich vermag das sozialpolitische Motiv der Kostensenkung im Gesundheitswesen den *Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit* der Ärzte zwar durchaus zu rechtfertigen.²²⁸ Es bestehen jedoch erhebliche Zweifel an der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit dieser Massnahme. Die Geltungsdauer ist wie beim vorangehenden Zulassungsstopp zeitlich beschränkt, es handelt sich also erneut nicht um eine langfristige Lösung. Gleichzeitig bestehen aufgrund der Erfahrungen in den letzten Jahren Zweifel, dass es tatsächlich bei dieser zeitlichen Beschränkung bleibt. Zudem hat diese Massnahme trotz mehrmaliger Verlängerung nicht zu einer markanten Verbesserung der Kostensituation geführt. Die frühzeitige Information der Öffentlichkeit führt vielmehr zu einer überproportionalen Zunahme von Zulassungsgesuchen vor Inkrafttreten der Bedürfnisklausel. Und stellten sich beim 2002 eingeführten Zulassungsstopp angesichts der Anknüpfung an bestimmte Weiterbildungstitel vor allem Fragen hinsichtlich der Rechtsgleichheit und der Konsequenzen für Berufseinsteiger,²²⁹ steht beim neuen Zulassungsstopp die Vereinbarkeit mit dem Freizügigkeitsabkommen im Vordergrund.

2. Von 2002 bis 2011 geltende Regelung

a) 2002–2009: Allgemeiner Zulassungsstopp

Von der am 4. Juli 2002 in Kraft getretenen Regelung waren sowohl Ärzte und Ärztinnen, Einrichtungen, die der ambulanten Krankenpflege durch Ärzte und Ärztinnen dienen, Apotheker und Apothekerinnen, Zahnärzte und Zahnärztinnen, Chiropraktorinnen und Chiropraktoren, Laboratorien, Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten, Krankenschwestern und Krankenpfleger, Hebammen und Ergotherapeuten betroffen.²³⁰ In Anhang 1

²²⁸ GÄCHTER/SIKI (Fn. 1), S. 59.

²²⁹ Siehe dazu und zur vorangehenden Argumentation GÄCHTER/SIKI (Fn. 1), S. 59 f.

²³⁰ Art. 55a KVG in der Fassung vom 24. März 2000 (AS 2000 2305) i.V.m. Art. 36–38 KVG; VEZL in der Fassung vom 3. Juli 2002 (insb. Anhänge 1 und 2).

zur aVEZL²³¹ legte der Bundesrat die Höchstzahlen für jede Kategorie von Leistungserbringern fest (bei den Ärzten nach den verschiedenen Weiterbildungstiteln), in Anhang 2 die Versorgungsdichte pro 100'000 Einwohnerinnen und Einwohner. Die Kantone konnten davon jedoch in dreierlei Hinsicht abweichen:

- Sie konnten vorsehen, dass die festgelegte *Höchstzahl* für eine oder mehrere Kategorien *nicht gilt* (Art. 2 Abs. 1 lit. a aVEZL).
- Sie konnten keine neuen Leistungserbringer mehr zulassen, obwohl die Höchstzahl noch nicht erreicht war, wenn die *Versorgungsdichte* in einem bestimmten Kantonsgebiet *zu hoch* war (Art. 2 Abs. 1 lit. b aVEZL).
- Sie konnten jedoch auch Leistungserbringer zulassen, wenn die Höchstzahlen bereits erreicht waren, wenn eine *Unterversorgung* bestand (Art. 3 aVEZL).

Im Jahr 2004 wurde Art. 55a KVG dahingehend ergänzt, dass die erteilte Zulassung verfällt, wenn nicht innert einer bestimmten Frist von ihr Gebrauch gemacht wird (Abs. 4). Der Bundesrat legte diese Frist auf 6 Monate fest (Art. 3a aVEZL).²³²

b) 2010–2011: Ausnahmen für Personen mit bestimmten Weiterbildungstiteln

Im Jahr 2009 wurden die «anderen Leistungserbringer» nach Art. 38 i.V.m. Art. 35 Abs. 2 KVG vom Zulassungsstopp ausgenommen.²³³ Zusätzlich erwähnt wurden neu jedoch die Ärztinnen und Ärzte, die im ambulanten

²³¹ Verordnung vom 3. Juli 2002 über die Einschränkung der Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (VEZL; AS 2002 2549, in Kraft bis 31. Dezember 2011).

²³² AS 2005 2353.

²³³ AS 2009 5265.

Bereich von Spitälern nach Art. 39 KVG tätig sind. Personen mit folgenden Weiterbildungstiteln waren vom Bedürfnisnachweis befreit:

- Allgemeinmedizin,
- Praktischer Arzt oder praktische Ärztin (einziger Weiterbildungstitel),
- Innere Medizin (einziger Weiterbildungstitel),
- Kinder- und Jugendmedizin.

Die Ausnahmeregelung in Art. 55a KVG knüpfte also an den Weiterbildungstitel an.²³⁴

3. Aktuelle Regelung: Inhalt des neuen Zulassungsstopps

In der seit dem 1. Juli 2013 in Kraft stehenden Fassung von Art. 55a KVG wird bei der Bestimmung der Ausnahmen vom Zulassungsstopp nicht mehr an die Weiterbildungstitel, sondern an eine mindestens dreijährige Tätigkeit an einer anerkannten schweizerischen Weiterbildungsstätte angeknüpft.

Im Entwurf des Bundesrates²³⁵ war noch vorgesehen, die Apotheker und Apothekerinnen gemäss Art. 37 KVG ebenfalls dem Bedürfnisnachweis zu unterstellen. Zudem knüpfte er bei der Ausnahmeregelung wie bei der bis Ende 2011 geltenden Fassung an bestimmte Weiterbildungstitel an (statt «Allgemeinmedizin» und «Innere Medizin als einziger Weiterbildungstitel» jedoch «Allgemeine Innere Medizin, sofern sie [die Personen] über keinen anderen Weiterbildungstitel verfügen»).²³⁶

²³⁴ Siehe dazu bereits GÄCHTER/SIKI (Fn. 1), S. 37 und 56 ff.

²³⁵ BBl 2012 9453.

²³⁶ THOMAS COTTIER/RACHEL LIECHTI-MCKEE, KVG-Teilrevision: Zur Vereinbarkeit mit dem bilateralen Freizügigkeitsabkommen Schweiz–EU, Jusletter 10. Juni 2013, Rz. 43 f.: «Nachdem in der Schweiz bis Ende 2010 zwei Weiterbildungen in Allgemeinmedizin, namentlich die Weiterbildung zur praktischen Ärztin / zum praktischen Arzt mit einem [recte: einer] Dauer von drei Jahren und die Weiterbildung in Allgemeinmedizin mit einer Dauer von fünf Jahren, möglich waren, wurde die Schweiz durch eine diplomatische Note der EU-Kommission aufgefordert, sich in diesem Bereich für einen einzigen Titel zu entscheiden, um unnötige Doppelspurigkeiten zu vermeiden. Die Schweiz hat sich entschieden in diesem Bereich den Titel praktische Ärztin / praktischer Arzt beizubehalten und auf den Facharztstitel «Allgemeinmedizin» zu verzichten. Am 1. Januar

Die Anknüpfung an die Tätigkeit an einer anerkannten schweizerischen Weiterbildungsstätte geht auf Nationalrätin Maja Ingold zurück (wobei dies gemäss ihrem Antrag eine zusätzliche, nicht die einzige Ausnahmeregelung gewesen wäre), der im Nationalrat mit einem Stimmenverhältnis von 180 zu 1 angenommen wurde.²³⁷ Das Bundesgesetz vom 21. Juni 2013 wurde gestützt auf Art. 165 Abs. 1 BV für dringlich erklärt, per 1. Juli 2013 in Kraft gesetzt und in der Geltung bis zum 30. Juni 2016 befristet.²³⁸

Der Minderheitsantrag Cassis, das Geschäft an den Bundesrat zurückzuweisen, um diesen zu beauftragen, innert zwei Jahren Alternativvorschläge zur Steuerung der ambulanten Medizin zu unterbreiten, wurde im Nationalrat relativ knapp mit 94 zu 89 Stimmen abgelehnt.²³⁹ Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber es diesmal schafft, bis zum Auslaufen der Frist am 30. Juni 2016 eine trag- bzw. referendumsfähige Lösung vorzulegen!

4. Vereinbarkeit mit dem Freizügigkeitsabkommen?

Wie bereits angedeutet wird die neue Regelung in erster Linie aus völker- und verfassungsrechtlichen Gründen problematisiert.²⁴⁰ Die Problematik besteht darin, dass Ausländer aus dem EU/EFTA-Raum von dieser Regelung faktisch weit mehr betroffen sind als Inländer.

a) Vorbemerkung: Zulassung zur selbstständigen Ausübung eines universitären Medizinalberufs in der Schweiz

Wer in der Schweiz den Arztberuf selbstständig (siehe zur geplanten Änderung dieses Begriffs in «privatwirtschaftliche Tätigkeit in eigener fachlicher

2011 wurden die beiden Weiterbildungen in Allgemeinmedizin und in innerer Medizin im neuen Weiterbildungsprogramm «Allgemeine Innere Medizin» zusammengelegt.»

²³⁷ AB 2013 N 72 ff.

²³⁸ Ziff. III der Änderung des KVG vom 21. Juni 2013 (AS 2013 2065).

²³⁹ AB 2013 N 72.

²⁴⁰ Gemäss POLEDNA/RÜTSCHKE ist die aktuelle Regelung gar völker- und verfassungsrechtlich «unhaltbar» (TOMAS POLEDNA/BERNHARD RÜTSCHKE, Diskriminierung von Ärzten aus dem EU- und dem Efta-Raum, Neue Zürcher Zeitung vom 18. April 2013, S. 23).

Verantwortung» oben 0.0.0 ausüben will, bedarf dazu einer *kantonalen Bewilligung* (Art. 34 MedBG). Bewilligungsvoraussetzung ist u.a. ein eidgenössischer Weiterbildungstitel (Art. 36 Abs. 2 MedBG). *Ausländische Weiterbildungstitel werden anerkannt*, sofern ihre Gleichwertigkeit in einem Vertrag über die gegenseitige Anerkennung mit dem betreffenden Staat vorgesehen ist und die Inhaberin oder der Inhaber eine Landessprache beherrscht (Art. 21 Abs. 1 MedBG).²⁴¹ Gemäss Art. 36 KVG i.V.m. Art. 39 Abs. 2 KVV müssen diese Voraussetzungen auch für die Zulassung zur Tätigkeit zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erfüllt sein. Zwischen der Schweiz und der EU und ihren Mitgliedstaaten ist die Anerkennung von Berufsqualifikationen im Freizügigkeitsabkommen geregelt bzw. in der in deren Rahmen von der Schweiz übernommenen EU-Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung der Berufsqualifikationen. Ärzte aus dem EU-Raum mit einem als gleichwertig anerkannten Weiterbildungstitel sind also unter Vorbehalt des Spracherfordernisses zur selbstständigen Berufsausübung in der Schweiz zugelassen.

Durch den neuen Art. 55a KVG kommt nun eine weitere Bedingung hinzu: Zugelassen (zur Tätigkeit zulasten der sozialen Krankenversicherung) wird nur, wer mindestens drei Jahre an einer anerkannten schweizerischen Weiterbildungsstätte gearbeitet hat. Schweizer Ärzte erfüllen diese Voraussetzung im Normalfall ohne Weiteres, Ausländer werden sich in der Regel nach ihrer Aus- und Weiterbildung im Ausland zusätzliche drei Jahre in der Schweiz weiterbilden müssen, obwohl die Weiterbildung, die sie bereits absolviert haben, als gleichwertig anerkannt ist. Neben dem nachfolgend zu erörternden Aspekt der Diskriminierung von ausländischen Ärzten stellt sich insbesondere auch die Frage nach der Kohärenz der Rechtsordnung.

²⁴¹ Siehe zur geplanten Änderung hinsichtlich des Spracherfordernisses ebenfalls oben 0.0.0. Siehe zu dieser Thematik im Allgemeinen MATTHIAS OESCH, Zulassung von ausländischen universitären Medizinalpersonen zum Markt, in: Tomas Poledna/Reto Jacobs (Hrsg.), Gesundheitsrecht im wettbewerblichen Umfeld, Zürich 2010, S. 21 ff.

b) **Allgemeines Diskriminierungsverbot und Gebot der Gleichbehandlung von selbstständig Erwerbstätigen (Art. 2 und 4 FZA i.V.m. Art. 15 Anhang I FZA)**

Nach Art. 2 FZA dürfen die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, bei der Anwendung des Freizügigkeitsabkommens nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden (*allgemeines Diskriminierungsverbot*). Das Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit wird nach Massgabe des Anhangs I eingeräumt (Art. 4 FZA). Art. 15 Abs. 1 dieses Anhangs konkretisiert das allgemeine Diskriminierungsverbot in Bezug auf die *Gleichbehandlung von selbstständig Erwerbstätigen*.²⁴² Danach wird dem Selbstständigen im Aufnahmestaat hinsichtlich des Zugangs zu einer selbstständigen Erwerbstätigkeit und deren Ausübung eine Behandlung gewährt, die nicht weniger günstig ist als die den eigenen Staatsangehörigen gewährte Behandlung.

Erfasst sind von dieser Bestimmung vor dem Hintergrund des Grundsatzes der *parallelen Auslegung* von abkommens- und unionsrechtlichen Bestimmungen (siehe dazu sogleich V.4.c) sowohl *direkte* als auch *indirekte* Diskriminierungen.²⁴³ In Bezug auf letztere verlangt der EuGH «keine statistischen Nachweise, sondern stellt darauf ab, dass das gewählte Kriterium die Gefahr mit sich bringt, dass in erster Linie oder in besonderem Masse EU-Ausländer benachteiligt werden».²⁴⁴

²⁴² Siehe dazu ASTRID EPINEY, Vorübergehende Wiedereinführung der bedarfsabhängigen Zulassung frei praktizierender Ärzte, Ausgewählte Aspekte der Vereinbarkeit mit dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz–EU, Jusletter 22. April 2013, Rz. 11.

²⁴³ EPINEY (Fn. 242), Rz. 5 ff. und Rz. 12. Siehe auch COTTIER/LIECHTI-MCKEE (Fn. 236), Rz. 10 ff. und Rz. 18.

²⁴⁴ EPINEY (Fn. 242), Rz. 12. «Dies ist regelmässig dann der Fall, wenn das Unterscheidungskriterium einen besonderen Bezug zu einem Mitgliedstaat aufweist, wie z.B. Wohnsitz oder Ausbildungsort.»

c) Auslegung des Freizügigkeitsabkommens

Das Freizügigkeitsabkommen ist zunächst nach den allgemeinen völkerrechtlichen Regeln auszulegen. Gemäss Art. 31 Abs. 1 des Wiener Übereinkommens²⁴⁵ ist ein Staatsvertrag «nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen». Die Auslegung geschieht autonom durch jede Vertragspartei.²⁴⁶ Ziel und Zweck des Freizügigkeitsabkommens ist die Einbindung der Schweiz in die auf dem Gebiet der EU gewährleistete Personenfreizügigkeit bzw. die Herstellung einer parallelen Rechtslage in den im Abkommen geregelten Bereichen.²⁴⁷ Zum «Zusammenhang» gehört neben dem Wortlaut der Bestimmungen, den Anhängen und weiteren Übereinkünften insbesondere auch die Präambel (Art. 31 Abs. 2 Wiener Übereinkommen). Das Freizügigkeitsabkommen wurde gemäss seiner Präambel in der Überzeugung abgeschlossen, «dass die Freizügigkeit der Personen im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei wesentlicher Bestandteil einer harmonischen Entwicklung ihrer Beziehungen ist», und die Vertragsparteien waren «entschlossen, diese Freizügigkeit zwischen ihnen auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen».

Diese Haltung kommt auch im eigentlichen Vertragstext explizit zum Ausdruck. Gemäss Art. 16 Abs. 1 FZA treffen die Vertragsparteien zur Erreichung der Ziele dieses Abkommens alle erforderlichen Massnahmen, damit in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft, auf die Bezug genommen wird, Anwendung findet. Gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA wird die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vor

²⁴⁵ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, abgeschlossen in Wien am 23. Mai 1969, für die Schweiz in Kraft getreten am 6. Juni 1990 (SR 0.111).

²⁴⁶ COTTIER/LIECHTI-MCKEE (Fn. 236), Rz. 10 (mit Hinweis auf COTTIER THOMAS, The Judge in International Economic Relations, in: Monti Mario et al. [Hrsg.], Wirtschaftsrecht und Justiz in Zeiten der Globalisierung, Festschrift für Carl Baudenbacher, Baden-Baden 2007, S. 110).

²⁴⁷ EPINEY (Fn. 242), Rz. 5; BGE 136 II 5, E. 3.4.

dem Zeitpunkt der Unterzeichnung berücksichtigt, soweit für die Anwendung dieses Abkommens Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden. Bindend ist also nur die Rechtsprechung des EuGH, welche vor der Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens ergangen ist. Die Schweiz kann die nach diesem Zeitpunkt ergangene Rechtsprechung jedoch freiwillig übernehmen und auf Antrag einer Vertragspartei kann der Gemischte Ausschuss die Auswirkungen dieser Rechtsprechung auch verbindlich feststellen (Art. 16 Abs. 2 Satz 3 FZA). Von dieser Möglichkeit wurde bis anhin jedoch noch kein Gebrauch gemacht.²⁴⁸

Grundsätzlich wird die Rechtsprechung des EuGH im Hinblick auf das Ziel des Freizügigkeitsabkommens übernommen.²⁴⁹ So hielt das Bundesgericht in BGE 136 II 5 fest, dass es – um das Abkommensziel einer parallelen Rechtslage nicht zu gefährden – die Rechtsprechung des EuGH in angemessener Weise in seine Beurteilung einbeziehen und ihr Rechnung tragen werde. Vor diesem Hintergrund kann in Bezug auf diejenigen Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens, die auf Unionsrecht zurückgehen, von einem Grundsatz der parallelen Auslegung ausgegangen werden.²⁵⁰ Die Auslegung von EU-rechtlichen Bestimmungen kann jedoch nicht automatisch und vollständig auf die Auslegung der Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens übertragen werden, weil die Schweiz durch den bilateralen Weg ja gerade nicht alle Hindernisse beseitigen wollte.²⁵¹

Konkret geht es im vorliegenden Fall um die Berücksichtigung der Rechtsprechung zur im europäischen Binnenmarkt (zu dem die Schweiz durch die

²⁴⁸ EPINEY (Fn. 242), Rz. 6.

²⁴⁹ Vgl. EPINEY (Fn. 242), Rz. 6: «[...] vielmehr geht es nur (aber immerhin) um eine grundsätzliche Pflicht zur Beachtung der neuen Urteile in dem Sinn, dass zunächst eine Vermutung ihrer Beachtlichkeit auch für Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens spricht.»

²⁵⁰ EPINEY (Fn. 242), Rz. 5 ff. und Rz. 12 (Rz. 7: «Dieser Grundsatz der parallelen Auslegung wurde allerdings vom EuGH in seiner bisherigen, eher spärlichen Rechtsprechung noch nicht als solcher formuliert; [...]»). Siehe auch COTTIER/LIECHTI-MCKEE (Fn. 236), Rz. 10 ff. und Rz. 18.

²⁵¹ COTTIER/LIECHTI-MCKEE (Fn. 236), Rz. 13 (mit Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH).

Ablehnung des EWR eben gerade nicht gehört) gewährleisteten *Niederlassungsfreiheit* (Art. 49 ff. AEUV²⁵²). Dieses Recht enthält ebenso wie Art. 15 Abs. 1 Anhang I FZA ein Diskriminierungsverbot, welches Diskriminierungen de jure und de facto umfasst, also auch «Diskriminierungen, die nicht direkt an die Staatsangehörigkeit anknüpfen, sondern an den Wohnsitz oder ein anderes Kriterium, sich jedoch gleich nachteilig auf die Marktteilnehmer auswirken wie direkte Diskriminierungen».²⁵³ Darunter fallen auch Regelungen, die «im wesentlichen» oder «ganz überwiegend» EU-Ausländer betreffen sowie unterschiedslos geltende Regelungen, die von inländischen Personen leichter zu erfüllen sind als von ausländischen».²⁵⁴

d) Faktische Diskriminierung von Ausländern aus dem EU/EFTA-Raum

Beim neuen Zulassungsstopp könnte es sich um eine faktische Diskriminierung von Staatsangehörigen der EU/EFTA-Mitgliedstaaten handeln. Es wird im Wortlaut nicht an das Merkmal der Staatsangehörigkeit angeknüpft (keine direkte Diskriminierung), der Bedürfnisnachweis knüpft aber an Voraussetzungen an, die von inländischen Personen leichter zu erfüllen sind (mehrjährige Tätigkeit an einer anerkannten schweizerischen Weiterbildungsstätte) und betrifft damit ganz überwiegend (im Sinne der Rechtsprechung des EuGH zur in Art. 49 AEUV garantierten Niederlassungsfreiheit) die Ausländer aus dem EU/EFTA-Raum.²⁵⁵ Gemäss POLEDNA/RÜTSCHKE wirkt die zeitliche Hürde gar *nur* bei Medizinalpersonen aus dem EU/EFTA-Raum,

²⁵² Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, in Kraft getreten am 1. Dezember 2009.

²⁵³ COTTIER/LIECHTI-MCKEE (Fn. 236), Rz. 18 (mit Hinweis auf FRENZ WALTER, Handbuch Europarecht, Band 1, Europäische Grundfreiheiten, 2. Aufl., Berlin 2012). Darüber hinaus sei die Niederlassungsfreiheit vom EuGH schrittweise zu einem «allgemeinen Verbot ungerechtfertigter Beschränkungen der freien Niederlassung ausgebaut worden (Übermassverbot)» (Rz. 19, wiederum mit Hinweis auf FRENZ).

²⁵⁴ COTTIER/LIECHTI-MCKEE (Fn. 236), Rz. 22 (mit Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH und FRENZ).

²⁵⁵ COTTIER/LIECHTI-MCKEE (Fn. 236), Rz. 22.

weshalb die Regelung im Ergebnis einer verbotenen Differenzierung nach dem Merkmal der Staatsangehörigkeit gleichkomme.²⁵⁶

Auch ASTRID EPINEY hält das Erfordernis einer mehrjährigen Tätigkeit an einer anerkannten schweizerischen Weiterbildungsstätte, wie es vom Nationalrat eingeführt und schliesslich auch vom Ständerat angenommen worden ist, für unvereinbar mit dem Freizügigkeitsabkommen.²⁵⁷ Es handle sich dabei um eine nicht gerechtfertigte (siehe dazu im Einzelnen unten V.4.e), materielle Diskriminierung, weil die Regelung die Gefahr enthalte, dass in erster Linie Schweizer diese Voraussetzung erfüllen und EU-Bürger damit benachteiligt werden, wobei diese Gefahr *nicht statistisch belegt sein müsse*.

Gemäss COTTIER/LIECHTI-MCKEE verletzt der neue Zulassungsstopp die *Stillhalteklausele* gemäss Art. 13 FZA, welche weiter gehe als das Diskriminierungsverbot.²⁵⁸ Die Eröffnung einer Arztpraxis falle zweifelsfrei in den Anwendungsbereich des Abkommens, weshalb die Einführung neuer Beschränkungen für Staatsangehörige der anderen Vertragspartei untersagt sei.

Sie argumentieren weiter, dass der neuerliche Zulassungsstopp auch hinsichtlich des in der EU geltenden *Übermassverbots* in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit von Selbstständigerwerbenden problematisch sei. Aufgrund der dargestellten Auslegungsmethoden und insbesondere im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts erachten sie die Anwendbarkeit

²⁵⁶ POLEDNA/RÜTSCHKE (Fn. 240).

²⁵⁷ EPINEY (Fn. 242), Rz. 15 ff., insb. Rz. 18. Sie ist aber der Ansicht, dass der Bedürfnisnachweis in der Form des bundesrätlichen Entwurfes (Anknüpfen an bestimmte Weiterbildungstitel) mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbar gewesen wäre (Rz. 29). Erhebliche Bedenken bezüglich der Verfassungsmässigkeit des bundesrätlichen Entwurfes (das FZA stand damals noch nicht im Zentrum der Überlegungen) hatte allerdings auch FELIX UHLMANN, Kurzgutachten im Auftrag des Verbands Schweizerischer Assistenz- und Oberärztinnen und -ärzte (VSAO) vom 24. Januar 2013 betreffend Zulässigkeit der Wiedereinführung der bedarfsabhängigen Zulassung (Zulassungsstopp), einsehbar unter <http://www2.vsao.ch/content/default.asp?txtArchiv=yes&txtCatID=1&txtContentID=0&txtParentID=0>.

²⁵⁸ COTTIER/LIECHTI-MCKEE (Fn. 236), Rz. 34.

dieses Verbots als naheliegend.²⁵⁹ Das Übermassverbot geht ebenfalls über das Diskriminierungsverbot hinaus und besteht in einem allgemeinen Verbot ungerechtfertigter Beschränkungen der freien Niederlassung.²⁶⁰

Diese Autoren halten jedoch fest, dass in Bezug auf das Erfordernis einer mehrjährigen Tätigkeit an einer anerkannten schweizerischen Weiterbildungsstätte *nicht von einer faktischen Diskriminierung von Ausländern aus dem EU/EFTA-Raum gesprochen werden könne*.²⁶¹ Es gehe bei dieser Regelung um die *Gewährleistung der Qualität des schweizerischen Gesundheitssystems*. Diese letztere Begründung erscheint uns allerdings nicht vollständig überzeugend, selbst wenn sie durchaus plausible Elemente enthält: «Insbesondere Spezialärzte sind darauf angewiesen, dass ihnen Patientinnen und Patienten zugewiesen werden. In der Praxis werden Patientinnen und Patienten an diejenigen Spezialärzte überwiesen, die mit dem Spitalsystem und den Netzwerken vertraut sind. Erfahrungen seitens der Ärzteschaft zeigen, dass die Teamarbeit im Spital eine spätere Zusammenarbeit und somit die Chancen einer erfolgreichen Zuweisungen von Patientinnen und Patienten wesentlich prägt. Zudem erweist sich die Neueröffnung einer Praxis – anders als die Praxisübernahme, wo ein Netzwerk schon besteht und übernommen werden kann – aus wirtschaftlichen Gründen regelmässig erst nach jahrelanger Spitaltätigkeit realisierbar. Inzwischen, jetzt da das Freizügigkeitsabkommen seit elf Jahren in Kraft ist, kann auch nicht mehr davon ausgegangen werden, dass vorwiegend Schweizerinnen und Schweizer von dieser Regelung profitieren.»²⁶²

Auch Jürg Schlup, Präsident der Ärztevereinigung FMH, ist der Ansicht, dass ein eingeschränkter Zulassungsstopp *nicht diskriminierend*, sondern eine

²⁵⁹ COTTIER/LIECHTI-MCKEE (Fn. 236), Rz. 35. Diese Frage sei bisher weder vom EuGH noch vom Bundesgericht untersucht und deshalb auch in der Lehre meist offen gelassen worden.

²⁶⁰ COTTIER/LIECHTI-MCKEE (Fn. 236), Rz. 18 (mit Hinweis auf FRENZ WALTER, Handbuch Europarecht, Band 1, Europäische Grundfreiheiten, 2. Aufl., Berlin 2012).

²⁶¹ COTTIER/LIECHTI-MCKEE (Fn. 236), Rz. 41.

²⁶² COTTIER/LIECHTI-MCKEE (Fn. 236), Rz. 41.

Massnahme zur Qualitätssicherung sei.²⁶³ Er befürwortet die mehrjährige Frist und führt als Argument an, dass auf diese Weise sichergestellt werden könne, dass eine Landessprache beherrscht werde und die Kenntnis des Gesundheitssystems genügend sei.

Sowohl COTTIER/LIECHTI-MCKEE als auch Jürg Schlup argumentieren damit im Wesentlichen auf der Ebene der Rechtfertigungsgründe, welche nachfolgend näher erläutert werden.

e) Rechtfertigungsgründe?

Verstösse gegen das Diskriminierungsverbot können durch besondere Gründe gerechtfertigt sein. Dabei kommen *sowohl geschriebene als auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe* in Betracht.²⁶⁴

So bestimmt Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA ausdrücklich, dass die auf Grund dieses Abkommens eingeräumten Rechte nur durch Massnahmen eingeschränkt werden dürfen, die aus Gründen der *öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit* gerechtfertigt sind. Auf den ersten Blick dürfte daher das Argument der Kostensenkung im Gesundheitswesen kaum genügen. Nach dem Grundsatz der parallelen Auslegung ist jedoch auch die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 52 Abs. 1 AEUV zu beachten, welcher für die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit analoge Rechtfertigungsgründe enthält. In diesem Zusammenhang hat der EuGH entschieden, dass das «Ziel der Aufrechterhaltung einer qualitativ hochwertigen, ausgewogenen und allgemein zugänglichen ärztlichen oder klinischen Versorgung» sowie das «Ziel der Vermeidung einer erheblichen Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit» unter diese Bestimmung fallen können, «wenn sie zur Erreichung eines hohen Niveaus des Gesundheitsschutzes beitragen».²⁶⁵

²⁶³ Interview mit der NZZ am Sonntag vom 3. März 2013.

²⁶⁴ EPINEY (Fn. 242), Rz. 12.

²⁶⁵ COTTIER/LIECHTI-MCKEE (Fn. 236), Rz. 27 (mit Hinweis auf ein Urteil des EuGH). Vgl. auch EPINEY (Fn. 242), Rz. 12 (S. 3 f.), welche dieses Argument jedoch nicht unter Art. 5

Daneben sind aber, wie bereits erwähnt, auch *ungeschriebene Rechtfertigungsgründe* anerkannt, d.h. alle öffentlichen Interessen (bzw. «zwingenden Gründe des Allgemeininteresses»²⁶⁶), welche sich im Einzelnen weitgehend mit den oben genannten decken. Als öffentliche Interessen gelten nämlich gemäss EPINEY «z.B. die Erhaltung des finanziellen Gleichgewichts der Systeme sozialer Sicherheit, die «Einheitlichkeit des nationalen Bildungssystems» oder auch die Qualität der medizinischen Versorgung».²⁶⁷ Ausgeschlossen sind wirtschaftliche Gründe (Schutz bestimmter Unternehmen oder Berufszweige), ebenso «rein praktische Schwierigkeiten sowie Gründe der Verwaltungsvereinfachung».²⁶⁸ Es gebe diesbezüglich *keinen numerus clausus* und die Mitgliedstaaten verfügten über einen gewissen Konkretisierungsspielraum, in den sie nationale Besonderheiten einfließen lassen könnten.²⁶⁹ Wesentlich sei letztlich die *Verhältnismässigkeitsprüfung*, weshalb die Rechtfertigung von der Begründung und deren Substantiierung abhängt.²⁷⁰

Im konkreten Fall vermag das Argument der *Verhinderung einer «Ärztenschwemme»* gemäss ASTRID EPINEY die Einschränkung der durch das FZA garantierten Rechte nicht zu rechtfertigen, weil es dem Grundanliegen dieses Abkommens zuwiderläuft und überdies wirtschaftlich motiviert ist.²⁷¹ Das Interesse an einer *Kostensenkung im Gesundheitswesen* sei zwar «zweifellos ein zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls», die Regelung sei jedoch nicht verhältnismässig, da «nicht kohärent, weil die Ärzte, die nicht unter diese Regelung fallen und eine Praxis eröffnen, in gleichem Mass zur Kostensteigerung im Gesundheitswesen beitragen wie diejenigen, die von

Abs. 1 FZA oder Art. 52 Abs. 1 AEUV subsumiert, sondern zu den ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen zählt.

²⁶⁶ COTTIER/LIECHTI-MCKEE (Fn. 236), Rz. 28.

²⁶⁷ EPINEY (Fn. 242), Rz. 12 (S. 4 f.; mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EuGH).

²⁶⁸ COTTIER/LIECHTI-MCKEE (Fn. 236), Rz. 28; EPINEY (Fn. 242), Rz. 12 (S. 4).

²⁶⁹ COTTIER/LIECHTI-MCKEE (Fn. 236), Rz. 28.

²⁷⁰ COTTIER/LIECHTI-MCKEE (Fn. 236), Rz. 29; vgl. auch EPINEY (Fn. 242), Rz. 12 (S. 5).

²⁷¹ EPINEY (Fn. 242), Rz. 16.

ihr erfasst werden».²⁷² Auch das Argument der Qualitätssicherung steche nicht, weil die Diplomanerkennung abschliessend in der Richtlinie 2005/36/EG geregelt sei und sich im Ausland grundsätzlich dieselben medizinischen Probleme stellen würden wie in der Schweiz. Zudem stellten die «Vertrautheit mit dem schweizerischen Gesundheitssystem, eine Kenntnis der Landessprachen oder des Sozialversicherungssystems» grundsätzlich zwar «zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls» dar, die Regelung gehe jedoch «über das zur Erreichung des angestrebten Ziels Erforderliche hinaus», weil dieser Nachweis auch anders als mit einer mehrjährigen Tätigkeit in der Schweiz erbracht werden können muss.²⁷³

COTTIER/LIECHTI-MCKEE argumentieren diesbezüglich, dass es nicht um das Beherrschen einer Landessprache und auch nicht um Kenntnisse über das Sozialversicherungssystem gehe, sondern darum, Rahmenbedingungen zu schaffen, «damit in- und ausländische Ärzte in der Schweiz erfolgreich praktizieren und somit die Qualität unseres Gesundheitssystems gewährleisten können».²⁷⁴ Von einer *de facto* Diskriminierung der Ausländer aus dem EU-Raum könne daher nicht gesprochen werden.

Nach unserer Einschätzung vermag diese letzte Argumentation nicht vollständig zu überzeugen; insbesondere wenn man bedenkt, dass die Anerkennung der ausländischen Weiterbildungstitel im Freizügigkeitsabkommen geregelt ist. Es ist nicht einzusehen, weshalb eine Person aus dem EU/EFTA-Raum, die diese Voraussetzungen erfüllt, aus Gründen der Leistungsgewährleistung nicht zur Leistungserbringung zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen sein soll.

f) Fazit

Die diskutierte Regelung verstösst nach unserer Einschätzung faktisch gegen das im FZA verankerte Diskriminierungsverbot (Art. 2 FZA); auf jeden Fall aber, wie von sämtlichen Autorinnen und Autoren eingeräumt wird, die

²⁷² EPINEY (Fn. 242), Rz. 16 (S. 6).

²⁷³ EPINEY (Fn. 242), Rz. 16 (S. 7).

²⁷⁴ COTTIER/LIECHTI-MCKEE (Fn. 236), Rz. 40 f.

sich in jüngerer Zeit mit der Frage befasst haben, gegen die Stillhalteklausele des FZA (Art. 13 FZA) sowie das Übermassverbot bei der Einschränkung der Niederlassungsfreiheit. Es handelt sich um eine in der Staatsangehörigkeit begründete indirekte Diskriminierung und einen sachlich nicht gerechtfertigten Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der betroffenen Personen.²⁷⁵ Zum einen sind keine hinreichenden öffentlichen Interessen ersichtlich, welche diese Ungleichbehandlung erfordern. Dass diese Regelung aus Qualitätsgründen erforderlich sein soll, erscheint uns aus den dargelegten Gründen nicht plausibel. Auch die Senkung der Gesundheitskosten allein vermag als Argument nicht zu genügen. Zudem ist die Einheit der Rechtsordnung in Frage gestellt, wenn das Krankenversicherungsgesetz in diesem Punkt eine andere Regelung trifft als das Medizinalberufegesetz.²⁷⁶ Zum anderen erscheint die Wirksamkeit (und damit auch die Verhältnismässigkeit) dieser Regelung zumindest fraglich, da auch die – ebenfalls als Übergangslösung eingeführte – und von 2002 bis Ende 2011 geltende Lösung keinen Beitrag zur Kostensenkung hat leisten können.²⁷⁷

Einerseits aus rechtsstaatlichen, andererseits aber auch aus praktischen Gründen der Zielerreichung hat sich der *Kanton Zürich* deshalb entschieden, von der Möglichkeit des Zulassungsstopps keinen Gebrauch zu machen.²⁷⁸ Diese Möglichkeit wird den Kantonen durch Art. 3 lit. a VEZL eingeräumt. Laut dieser Norm können die Kantone vorsehen, dass die im Anhang 1 festgelegte Höchstzahl für ein oder mehrere dort aufgeführte Fachgebiete nicht gilt. Kritisch zur Wiedereinführung des Zulassungsstopps haben sich zudem die

²⁷⁵ Siehe POLEDNA/RÜTSCHKE (Fn. 240).

²⁷⁶ Zudem enthält das Krankenversicherungsrecht mit Art. 36 KVG i.V.m. Art. 39 KVV und Art. 55a KVG selber zwei divergierende Regelungen.

²⁷⁷ Darüber hinaus war bereits die Verhältnismässigkeit der vom 1. Januar 2010 bis 31. Dezember 2011 geltenden Fassung des Zulassungsstopps fraglich, welche bei bestimmten Weiterbildungstiteln vom Bedürfnisnachweis absah (siehe dazu GÄCHTER/SIKI [Fn. 1], S. 59 f.).

²⁷⁸ «Kein Zulassungsstopp für Ärzte in Zürich», Neue Zürcher Zeitung vom 19. Juli 2013, S. 13.

Kantone Glarus, Zug, Appenzell Ausserrhoden²⁷⁹ und Aargau²⁸⁰ geäussert, wobei die letzten beiden Kantone den Zulassungsstopp nun ebenfalls nicht wiedereinführen möchten.²⁸¹ Im Kanton Zürich gab man zu bedenken, dass der Zulassungsstopp sich gar kontraproduktiv auswirken könne, weil vorsorglich Berufsausübungsbewilligungen eingeholt und die Ärzte aufgrund der sechsmonatigen Frist zur Einlösung von den Spitälern in die privaten Arztpraxen gedrängt würden. Der Bund verursache die steigende Zahl der Gesuche somit selbst und die Notwendigkeit der Wiedereinführung eines Zulassungsstopps mit diesem Anstieg zu begründen, erscheint dem Gesundheitsdirektor Thomas Heiniger als «Bubentrick». Überdies führe eine steigende Anzahl Gesuche nicht zwingend zu mehr abgerechneten Leistungen, weil auch im Arztberuf immer mehr Teilzeitarbeit geleistet werde. Ein möglicher Lösungsansatz des Kostenproblems im Gesundheitswesen sieht Heiniger – nach unserer Einschätzung zu Recht – in der Anpassung der Tarife für Leistungen der Spezial- und der Hausärzte.

Insgesamt hat der Bund damit eine in verschiedener Hinsicht problematische Lösung vorgelegt: Neben dem beschriebenen Konflikt des Zulassungsstopps mit dem im FZA sowie im EFTA-Übereinkommen statuierten Diskriminierungsverbot ist auch auf die von mehreren wichtigen Kantonen bereits genutzte Möglichkeit hinzuweisen, die Höchstzahlen und damit den Bedürfnisnachweis nicht anzuwenden. Die – aufgrund der früheren Erfahrungen ohnehin fragliche – Wirksamkeit des Zulassungsstopps wird dadurch weitgehend relativiert. Schliesslich sei auch auf die staatsrechtliche

²⁷⁹ «Appenzell Ausserrhoden verzichtet auf «Zulassungsstopp» für Ärztinnen und Ärzte», Medienmitteilung der kantonalen Verwaltung vom 5. Juli 2013, abrufbar unter http://www.ar.ch/aktuell/medienmitteilungen-der-kantonalen-verwaltung/?no_cache=1.

²⁸⁰ «Verzicht auf Zulassungsstopp für Ärzte, Regierungsrat lehnt Wiedereinführung ab und passt Verordnung an», Medienmitteilung des Regierungsrates des Kantons Aargau vom 23. August 2013, abrufbar unter https://www.ag.ch/de/weiteres/aktuelles/mediportal/medienmitteilung/medienmitteilungen/mediendetails_31105.jsp.

²⁸¹ Auch in den Kantonen Appenzell Innerrhoden, Fribourg und Graubünden wurde auf die Wiedereinführung des Zulassungsstopps verzichtet, siehe http://www.ai.ch/dl.php/de/5229791763fa6/20130819_Standeskommission_Teil1.pdf, http://www.fr.ch/smc/de/pub/aktuelles.cfm?fuseaction_pre=Detail&NewsID=44791 und <http://www.gr.ch/DE/Medien/Mitteilungen/MMStaka/2013/Seiten/2013091201.aspx>.

Dimension der Fragestellung hingewiesen: Der Gesetzgeber hat sich, trotz der deutlich artikulierten kritischen Meinungen, für eine Lösung ausgesprochen, die zumindest in einem starken Spannungsverhältnis zum FZA/EFTA-Recht steht. Wie würde das Bundesgericht entscheiden, wenn es von einer EU/EFTA-Bürgerin angerufen würde, der die Zulassungsbedingung verweigert worden ist? Vorrang des FZA/EFTA-Rechts oder Vorrang des Bundesgesetzes? Unabhängig davon, wie man sich zur Notwendigkeit eines Zulassungsstopps stellt, wird diese zusätzliche Frage die ohnehin bereits angespannte Diskussion rund um die Stellung des internationalen Rechts weiter anheizen.